





ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES  
2016



**ANUARIO  
DE DERECHO  
DE FUNDACIONES**

**2016**



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
FUNDACIONES



1.<sup>a</sup> edición, 2017

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.

© 2017, by Santiago Muñoz Machado y otros  
Iustel  
Portal Derecho, S. A.  
[www.iustel.com](http://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 LIDOV  
JORGE CAFFARENA LAPORTA  
MIGUEL CRUZ AMORÓS  
JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO  
JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ  
RAFAEL DE LORENZO GARCÍA  
ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ  
JAVIER NADAL ARIÑO  
ISABEL PEÑALOSA ESTEBAN  
ALICIA REAL PÉREZ  
ENRIQUE RÚA ALONSO  
TERESA SANJURJO GONZÁLEZ



## **Sumario (\*)**

### **Presentación**

JAVIER NADAL ARIÑO

Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

### **ESTUDIOS**

#### **Ética de las fundaciones: tiempos de corresponsabilidad**

ADELA CORTINA

Catedrática de Ética y Filosofía Política

Universidad de Valencia

#### **Estructura, conducta y resultados de las fundaciones españolas**

AMADEO PETITBÒ

Vicepresidente de la Asociación Española de Fundaciones

Catedrático de Economía Aplicada

#### **Hacia un modelo de buen gobierno para las fundaciones**

JAVIER LÓPEZ-GALIACHO PERONA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad Rey Juan Carlos

#### **La tributación del Seguro de Responsabilidad Civil de los Patronos de Fundaciones**

ALBERTO MUÑOZ VILLARREAL

Profesor Asociado de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Complutense de Madrid

Socio de Muñoz Arribas Abogados, S.L.P.

---

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

## CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### **Andalucía. Novedades en materia de fundaciones, tercer sector y cooperación al desarrollo**

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

Profesor Contratado Doctor (acreditado TU)  
Universidad de Córdoba

### **Las fundaciones en Asturias**

ALEJANDRO HUERGO LORA

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

JAVIER GARCÍA LUENGO

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

### **Fundaciones en Castilla-La Mancha**

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha

ALMA PATRICIA DOMÍNGUEZ ALONSO

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

### **Con el catalejo jurídico por las tierras de Castilla y León**

MERCEDES FUERTES

Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad de León

### **Novedades de interés para las fundaciones catalanas del sector público de la Generalitat de Cataluña: de vuelta a la definición de «fundación del sector público»**

JOAQUÍN TORNOS MAS

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Profesora Asociada de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

**Las fundaciones en Extremadura durante 2016:  
algunas reflexiones sobre el diálogo civil y la promoción pública  
del tercer sector**

ENRIQUE HERNÁNDEZ DIEZ  
Universidad de Extremadura

**Las fundaciones en la Comunidad Autónoma de Galicia**

JAVIER FERREIRA FERNÁNDEZ  
Profesor Titular de Derecho Administrativo (Catedrático acreditado)  
Universidad de Santiago de Compostela

**Algunas cuestiones relevantes en materia de fundaciones públicas  
y del sector público instrumental en las Islas Baleares**

JOANA M. SOCIAS CAMACHO  
Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de las Islas Baleares  
VICENTE JUAN CALAFELL FERRÁ  
Profesor Asociado de Derecho Constitucional  
Universidad de las Islas Baleares

**Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra**

MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Pública de Navarra

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

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

**Comunidad valenciana**

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valencia  
LUIS MANENT ALONSO  
Abogado de la Generalitat  
Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública

## CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPA

### **Crónica de la Unión Europea**

ISABEL PEÑALOSA ESTEBAN

Directora de Relaciones Institucionales y Asesoría Jurídica de la AEF

DIANA NAVAS VALLTERRA

Responsable de Servicio de Asesoría Jurídica de la AEF

### **Renacer y sobrevivir de la *Fondation* en Francia (2000-2016)**

JUAN-CRUZ ALLI TURRILLAS

Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

ISABELLE COMBES

Directeur juridique

Fondation de France

## CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA

### **La tendencia de la filantropía en Colombia y la evolución de las Fundaciones Empresariales en Colombia**

MARÍA CAROLINA SUÁREZ VISBAL

Directora Ejecutiva de la Asociación de Fundaciones Empresariales

—AFE Colombia—

## RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

### **Jurisprudencia sobre fundaciones**

MARÍA NATALIA MATO PACÍN

Doctora en Derecho

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

## Presentación

Las asociaciones sectoriales, como la Asociación Española de Fundaciones, pueden considerarse operadores jurídicos, en la medida en que contribuyen a generar conocimiento jurídico, a poner de manifiesto las deficiencias o las ineeficiencias legales y a incidir en las reformas del marco regulatorio de las instituciones o las realidades sociales a las que representan.

Conocen esa realidad y son, o deberían ser, el mejor termómetro para medir la temperatura de un sector y constatar su estado de salud. Pero no sólo eso. Su misión es también realizar una tarea de sensibilización hacia los poderes públicos y la sociedad acerca de su realidad.

Tenemos, por tanto, una responsabilidad, que debe ejercerse con cautela, máxime en la actualidad, en la que la excesiva proliferación legislativa no contribuye necesariamente a incrementar la seguridad jurídica sino más bien a lo contrario. Apelar a la modificación legislativa no es la única forma de representar los intereses de un sector. Por el contrario, perseguir la racionalidad y la proporcionalidad en la aplicación del marco existente constituye probablemente una tarea diaria.

A este trabajo de consolidar una base teórica y doctrinal que sea de utilidad para el desarrollo y para la aplicación del marco jurídico de las fundaciones, se consagra un año más el Anuario de Derecho de Fundaciones, que cuenta con la participación de autores de primer nivel.

Con un nuevo número, cuya dirección debemos agradecer a los profesores Santiago Muñoz-Machado y José Luis Piñar Mañas con el constante apoyo de La Caixa, constatamos que esta rama del Derecho sigue gozando de autonomía e interés suficiente para dar lugar a relevantes y concisos análisis jurídicos, como los que se recogen en este número. Es un Derecho vivo, aun cuando en los últimos años no se han producido grandes reformas legislativas.

A la proliferación legislativa tampoco ha sido ajeno el sector fundacional. A finales del año 2016 se ha comenzado a hablar de nuevo de una posible reforma del mecenazgo. La última se ha considerado incompleta desde distintos sectores y perspectivas, especialmente desde el ámbito cultural. No

obstante, si por algo debe destacarse el año 2016, es por ser el año en el que entró en vigor de forma plena la última reforma 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 que, en esencia, ha servido para introducir la figura del micro mecenazgo en nuestro ordenamiento.

Mediante esta modificación, la reforma fiscal apoya la financiación de las entidades sin fines de lucro procedente de ciudadanos a través de su colaboración mediante pequeñas aportaciones que, sin embargo, representan en su conjunto una parte importante de los recursos de estas organizaciones. Los datos pondrán de manifiesto de forma definitiva cuál ha sido el efecto de la reforma y si, en efecto, el número de donaciones y su importe se ha incrementado. Los resultados deberían constituir el punto de partida de una eventual reforma que atienda no sólo a aspectos fiscales sino a medidas de otro tipo que incrementen y dinamicen las iniciativas filantrópicas en nuestro país.

En esa nueva fase el ejecutivo y el legislativo deberían prestar atención a la figura fundacional, dado que ésta fue concebida como uno de los principales vehículos para la canalización de las acciones filantrópicas, al constitucionalizarse en nuestro ordenamiento el derecho a fundar para fines de interés general como un derecho subjetivo de los ciudadanos.

No son sólo las normas fiscales las que pueden ayudar a ello. Son múltiples las normas que afectan a la figura jurídica fundacional y a las actividades de interés general que estas realizan, lo que requiere de un análisis omnicomprensivo, antes de plantear una reforma que afecte sólo a cuestiones parciales. Sin perjuicio de todo ello, un marco razonable ha de ser el resultado, como se ha apuntado, de una racionalización en la aplicación del marco existente, lo que no siempre requiere reformas de calado, que no olvide que la fundación es una manifestación de la iniciativa privada dedicada a los intereses generales.

También los legisladores autonómicos están incidiendo, en el marco de sus competencias, en la regulación del mecenazgo. A través, principalmente, de las deducciones en el tramo autonómico del IRPF, distintas iniciativas autonómicas han planteado algunas medidas de incentivo e inclusive sus propias leyes de mecenazgo.

Todas ellas son aportaciones positivas, si bien, como se ha señalado desde la Asociación Española de Fundaciones, resultaría conveniente que éstas atiendan a todos los fines de interés general, dado que para el desarrollo social tan relevante es la cultura como la educación, la acción social a favor de los más desfavorecidos, o cualquier medida que contribuya a paliar el cambio climático, por citar algunos campos.

La relevancia de los ordenamientos jurídicos autonómicos queda de manifiesto un año más a través de la Crónica Autonómica del Anuario de Derecho de Fundaciones, a cuyos autores debemos agradecer su constancia y dedicación año a año, al igual que a la profesora Mato Pacín su análisis jurisprudencial anual.

Especial atención merece este año la crónica del País Vasco, que analiza una reforma de calado, la nueva Ley 9/2016, de 2 de junio, Fundaciones del País Vasco, que deroga la norma anterior de 1994. La norma incorpora novedades a las que convendrá estar atento, por la influencia que pueda tener en otras reformas estatal o autonómica. También Navarra cobra especial interés, al haberse aprobado la Ley Foral 25/2016, de 28 de diciembre, que modifica varios preceptos de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio.

Como en otras ocasiones, los trabajos que se recogen en este número exceden el marco jurídico fundacional propiamente dicho, y atienden a aspectos económicos, de autorregulación y a cuestiones tan esenciales como la Ética fundacional. Así, se incorporan a este Anuario sendos trabajos de la profesora Adela Cortina y del profesor Petitbò, ya publicados recientemente en el *Boletín de Estudios Económicos* de la Universidad de Deusto. Por su interés y por la vocación del Anuario de ir convirtiéndose en una fuente bibliográfica lo más comprensiva posible del conocimiento y doctrina que se genera anualmente sobre el sector fundacional, se ha considerado oportuno incluirlos con la correspondiente autorización de sus autores y de la fuente original.

Un año más, los patronos y su régimen de obligaciones y responsabilidad, tanto desde una perspectiva sustantiva como fundacional, son objeto de atención, en sendos artículos de los profesores López Galiacho y Muñoz Villarreal.

La Crónica Europea pone de manifiesto el silencioso pero relevante debate que se está produciendo en torno al espacio que deben ocupar la sociedad civil y la filantropía. En un intento de conceptualizar ese espacio, desdibujado probablemente en los últimos años, distintas iniciativas buscan y analizan los cimientos de un Derecho de la filantropía, de la solidaridad o del altruismo, a la vista de las libertades básicas de la Unión Europea. Su objetivo no es otro que avanzar en la eliminación de barreras y en la creación de un «mercado» o espacio realmente único para la filantropía europea, basado en un Derecho de los ciudadanos.

Siguiendo con la tradición de los últimos números del Anuario, la Crónica Europea recoge un análisis de Derecho comparado, analizando esta vez

el Derecho fundacional en Francia, bajo el sugerente título de *Renacer y sobrevivir de la Fondation en Francia*, que debemos al profesor Alli Turillas y a Isabelle Combes, directora jurídica de la Fondation de France quien, además de jurista, tiene una amplia experiencia en las cuestiones prácticas del régimen jurídico de las fundaciones en el país vecino.

La crónica Iberoamericana completa la Crónica Europea, este año con un trabajo sobre Colombia, sin duda de interés debido al momento y coyuntura histórica que está viviendo el país en el proceso de paz, al que la sociedad civil tanto puede contribuir. En este trabajo, María Carolina Súárez, directora ejecutiva de la Asociación de Fundaciones Empresariales de Colombia, realiza un exhaustivo análisis sobre la tendencia de la filantropía en Colombia y la evolución de las fundaciones empresariales.

En fin, un año más, me complace presentar una nueva edición del Anuario de Derecho de Fundaciones, agradeciendo a sus directores, a los autores y a los miembros de su consejo redacción su trabajo y dedicación.

Javier NADAL ARIÑO  
Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

## **ESTUDIOS**



# **Ética de las fundaciones: tiempos de corresponsabilidad\***

*Adela Cortina*

Catedrática de Ética y Filosofía Política  
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. CELEBRANDO UN CENTENARIO.—II. ÉTICA DE LA CORRESPONSABILIDAD.—III. COOPERACIÓN ENTRE LOS TRES SECTORES EN UN MUNDO INTERDEPENDIENTE.—IV. ÉTICA DE LAS FUNDACIONES: DE LA BENEFICENCIA A LA CORRESPONSABILIDAD.—V. VIRTUALIDADES DE LAS FUNDACIONES DESDE UNA ÉTICA DE LA CORRESPONSABILIDAD.—BIBLIOGRAFÍA.

## **I. Celebrando un centenario**

El 2 de octubre de 1916 nació oficialmente la Universidad Comercial de Deusto, hoy *Deusto Business School*<sup>1</sup>. Cuenta ya, pues, en su haber con más de cien años de vida. En el Discurso de Apertura el Padre Luis Chalbaud afirmaba: «No será nuestro título un papel de curso forzoso, pero será una letra que gira y lanza al mercado una entidad que espera tener suficiente crédito, para que sea en el comercio honrada y bien cotizada su firma». Como bien decía M.<sup>a</sup> Dolores Revuelta, al relatar los primeros 75 años de historia de la Universidad Comercial, este objetivo se había visto cumplido en ese 75 aniversario, y 25 años más tarde se pueden confirmar sobradamente sus palabras<sup>2</sup>.

La Universidad Comercial nació para responder a una necesidad social. El proceso de industrialización de Bilbao y de su área de influencia demandaba directivos empresariales, pertrechados con el bagaje de una formación universitaria. Para hacer frente a los retos de la sociedad industrial no bastaba con la formación que proporcionaban las escuelas de comercio, y fue

---

\* Este artículo se publicó en el «Boletín de Estudios Económicos», vol. LXXII, n.<sup>o</sup> 220 (2017), pp. 5-22, y se reproduce en este Anuario con su autorización.

<sup>1</sup> Este estudio se inserta en el Proyecto de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico FFI2016-76753-C2-1-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y en las actividades del grupo de investigación de excelencia PROMETEO/2009/085 de la Generalitat Valenciana.

<sup>2</sup> REVUELTA, 1992, 10. Para la historia de la Universidad Comercial de Deusto ver también SÁIZ VALDIVIESO, 2016.

entonces cuando la Fundación Vizcaína Aguirre y la Compañía de Jesús pusieron sobre el tapete la innovadora realidad de una universidad orientada a formar los dirigentes que la sociedad necesitaba<sup>3</sup>. Un siglo más tarde la fecundidad de aquella generosa iniciativa se ha sustanciado en una gran cantidad de profesionales de la economía y la empresa, dotados de un bagaje universitario, que cuida los aspectos técnicos y los éticos, es decir, que atiende a la formación integral de la persona. Frente a la idea reduccionista y miope del *homo oeconomicus*, entendido exclusivamente como un maximizador del beneficio, se trataba de formar «personas económicas», ocupadas en lograr el beneficio suficiente para poder mantener una empresa competitiva, contando con los valores éticos, con virtudes como la prudencia y la justicia, y con la meta que da sentido pleno a la existencia de la actividad económica y empresarial<sup>4</sup>. Una meta que consiste, como bien dice el Premio Nobel de Economía, Amartya Sen, en ayudar a crear buenas sociedades, porque no hay buenas sociedades sin buenas empresas, ni hay buenas empresas si no ayudan a crear buenas sociedades.

Con ocasión del centenario la *Deusto Business School* organizó diversos actos de celebración y, entre ellos, la investidura de la primera mujer como *Doctora Honoris Causa*. Nunca agradeceré suficientemente al Rector, Padre Guibert y al claustro de profesores la generosidad que mostraron al pensar en mí, ni al Profesor Fernando Gómez-Bezares, Catedrático de Finanzas de la Deusto Business School y especialista en ética de las finanzas, su espléndida *laudatio*<sup>5</sup>. Este artículo, dedicado a reflexionar sobre la dimensión ética de las fundaciones, viene a prolongar de alguna manera la *lectio* que pronuncié el día de la investidura, el 20 de octubre, porque en ella recordaba, entre otras cosas, que la creación de la universidad fue posible por una iniciativa surgida de la sociedad civil, por el trabajo conjunto de la Fundación Vizcaína Aguirre y de la Compañía de Jesús. En aquel tiempo dos instituciones de la sociedad civil detectaron una necesidad, en este caso educativa, y pusieron todo su esfuerzo en satisfacerla.

Dado que también en 2016 la Fundación Vizcaína Aguirre cumplió un siglo de fecunda existencia, es un excelente momento para recordar la gran aportación ética que las fundaciones hacen a la vida social, local y global. Porque, a mi juicio, ése es el papel de las fundaciones de la sociedad civil, el de complementar las tareas del Estado, jugando a juegos de suma positiva para bien de la sociedad que se beneficia de su esfuerzo. Existen una gran cantidad

<sup>3</sup> GÓMEZ-BEZARES, 1992.

<sup>4</sup> CORTINA, 2016.

<sup>5</sup> GÓMEZ-BEZARES, 2001; ANSOTEGUI, GÓMEZ-BEZARES, GONZÁLEZ-FABRE, 2014.

de necesidades que el poder político no descubre, no puede cubrir o no puede hacerlo con el bagaje, libertad y ritmo requeridos<sup>6</sup>. Y, por otra parte, las iniciativas de la sociedad civil generan redes, tramas, cohesión social y capital social que ayudan a que la democracia funcione. Como bien decía Robert Putnam, las sociedades con densas redes de capital social, generado por la capacidad asociativa, sustentan una mejor política y una mejor economía<sup>7</sup>. Amén de que proporcionan directamente bienes de interés general.

Ojalá esta vitalidad de la sociedad civil, dispuesta a detectar necesidades y a tratar de satisfacerlas creativamente, que mostraron la Fundación Vizcaína Aguirre y la Compañía de Jesús al crear la Universidad Comercial, se mantenga y aumente en nuestros días, porque es indispensable para construir *Sociedades Justas*, en las que colaboren codo a codo, de forma corresponsable, los sectores Social, Económico y Político. Sin una sociedad civil vigorosa mal va a poder reconstruirse el núcleo irrenunciable del Estado de Justicia, que tomó forma histórica en el Estado del Bienestar, entró en crisis en los años setenta del pasado siglo y hoy debería recomponerse en *Sociedades Justas*<sup>8</sup>. Esto es lo que reclama una ética pública de nuestros días, que no puede ser sino una *ética de la corresponsabilidad*.

## II. Ética de la corresponsabilidad

A finales de los años sesenta del siglo pasado, concretamente en 1967, pronunció Karl-Otto Apel una conferencia en el Instituto de Teoría de la Ciencia de la Universidad de Göteborg, con el título «El *a priori* de la comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética», que se publicó en 1973 como último capítulo de su excelente libro *La Transformación de la Filosofía*<sup>9</sup>. En la conferencia y en el capítulo correspondiente alertaba sobre un peligro que amenazaba a la humanidad en su conjunto. Las consecuencias de la ciencia y de la técnica tenían un alcance universal y, sin embargo, las respuestas morales continuaban encerradas en el ámbito de la microsfera. Había, pues, una notable asimetría entre el poder de la ciencia y de la técnica, situado en el nivel de la macrosfera mundial, y las reflexiones éticas, encasilladas en la microsfera o, en el mejor de los casos, en la mesosfera de los Esta-

---

<sup>6</sup> También la Universidad Comercial fue pionera al publicar en 1991 un número del *Boletín de Estudios Económicos*, sobre «Ética y empresa», que se ha visto actualizado con nuevos números dedicados a reflexionar sobre la relación entre ética y empresa a través de propuestas de finanzas éticas y alternativas (2012), y por el camino de la ética del directivo (2014).

<sup>7</sup> PUTNAM, 1993.

<sup>8</sup> CORTINA y CONILL, 2014.

<sup>9</sup> APEL, 1985.

dos nacionales. Se hacía necesario descubrir y construir una ética de la responsabilidad, a escala planetaria, capaz de responder éticamente a los retos planetarios de la ciencia y de la técnica. Una exigencia que también planteó por aquel tiempo Hans Jonas con su *Principio Responsabilidad*, aunque desde una concepción filosófica diferente<sup>10</sup>.

La propuesta de Apel era sumamente lúcida: los seres humanos forman una comunidad de comunicación, que es real en el caso de la generación presente, pero se ven obligados por la fuerza pragmática del lenguaje a tratar de construir una comunidad de comunicación en que todos los seres humanos sean tratados como personas, como interlocutores válidos, que deben ser tenidos dialógicamente en cuenta en las cuestiones que les afectan. Esa comunidad de comunicación futura es ideal, es un contrafáctico, pero está integrada en el lenguaje y realmente constituye una orientación para la acción y un criterio para la crítica racional de las situaciones presentes, en las que existe una flagrante desigualdad entre los interlocutores, sean actuales o potenciales. La construcción de esa comunidad exige atender a dos imperativos éticos: tratar de conservar la comunidad presente e intentar ir dando realidad a la futura desde una ética de la responsabilidad por las consecuencias de las acciones.

La exigencia de una ética planetaria de la responsabilidad como la que Apel puso sobre el tapete en 1967 se muestra cada vez más como inapelable, y toma ahora la forma de una Ética Global de la Responsabilidad, que ha de hacerse cargo de las consecuencias de la ciencia y de la técnica, pero también, y muy especialmente, de las consecuencias de la economía y la informática, que han hecho posible desde los años noventa del siglo xx la emergencia de la globalización. No es extraño que en 2000 las Naciones Unidas propusieran unos Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), que asumieron como propios al menos 189 países, ni que en 2015 rebasaran esa propuesta con la de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), a los que se han sumado 193 países. Y así como en el caso de los ODM no se mencionaba expresamente al sector económico, en los ODS se explicita claramente que *es necesaria la incorporación de las empresas, las fundaciones y las organizaciones cívicas para construir un mundo mejor*. Lo cual no significa interpelar únicamente a las grandes empresas, sino a las de cualquier dimensión, porque todas ellas están insertas, lo quieran o no, en un mundo que es ya global. La pregunta es entonces: ¿quiénes tienen que ser los sujetos agentes de ese desarrollo sostenible,

---

<sup>10</sup> JONAS, 1994. Traduzco *Das Prinzip Verantwortung* por *El Principio Responsabilidad*, a pesar de que en la edición española aparece *El principio de responsabilidad* porque justamente JONAS pretende presentar una alternativa a *Das Prinzip Hoffnung* de Ernst Bloch.

a quién cabe la responsabilidad de construir sociedades justas en el nivel local y global?

Evidentemente, una golondrina no hace verano, y aunque el esfuerzo individual e interpersonal —el nivel de la microsfera—, nunca es despreciable, sino todo lo contrario, asumir la responsabilidad en la construcción de una sociedad desarrollada de forma sostenible no es tarea sólo de la ética de las personas concretas. En la «Era de las organizaciones», por decirlo con Drucker, se hace necesaria una ética de las organizaciones, una ética de la responsabilidad de las organizaciones en su relación con la sociedad. No sólo una ética de la convicción personal, ni siquiera sólo de la responsabilidad personal, sino una ética de la responsabilidad de la organización<sup>11</sup>.

Pero, dando un paso más, ni siquiera la responsabilidad organizacional es suficiente en un mundo globalizado e interdependiente, sino que es necesaria una ética de la corresponsabilidad, del trabajo conjunto entre los distintos agentes. De ahí que Apel diseñara más tarde un Principio de Corresponsabilidad (*Mit-Verantwortung*) como indispensable para una macroética planetaria en un mundo global<sup>12</sup>.

Y no por casualidad años más tarde, concretamente en 2009, el Consejo de Europa, preocupado por el abismo que existe entre los ideales europeos y las realizaciones de la vida cotidiana, reúne un comité de expertos para intentar diagnosticar la etiología de ese desequilibrio entre las declaraciones y las realizaciones y para proponer un modelo alternativo al dominante a través de encuentros y publicaciones. Los distintos análisis arrojan como resultado que ese modelo dominante es el de la *irresponsabilidad*, resultante de un conjunto de causas económicas y culturales. Y una de las alternativas propuestas para subsanar sus deficiencias consistiría en promover una estrategia de *responsabilidad social compartida*, basada en la interdependencia entre los distintos actores sociales<sup>13</sup>. Urge dotar a los ciudadanos y a las organizaciones de los instrumentos necesarios para llevarla adelante. Pero ¿quiénes son los sujetos de esa responsabilidad compartida o corresponsabilidad? En principio, cabría pensar en el Estado y la sociedad civil, pero no resultaba fácil caracterizar estas dos dimensiones de una sociedad<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> CORTINA, CONILL, DOMINGO, GARCÍA-MARZÁ, 1994.

<sup>12</sup> APEL, 2000.

<sup>13</sup> AA.VV., 2012, 11.

<sup>14</sup> CORTINA, CONILL, 2014.

### **III. Cooperación entre los tres sectores en un mundo interdependiente**

En la concepción de la sociedad civil preponderante durante largo tiempo se entendía que el Estado es el responsable de satisfacer las exigencias de justicia de la sociedad, mientras que la sociedad civil es el reino del particularismo, la espontaneidad y el egoísmo grupal. Esta visión cambió a mediados de los setenta del siglo pasado, cuando un buen número de autores progresistas puso de relieve la importancia decisiva de la sociedad civil para construir sociedades justas.

No es momento para entrar en la discusión sobre qué sea la sociedad civil, porque me he ocupado de ello en otros lugares, pero sí de recoger la posición que, a mi juicio, corresponde a la evolución histórica y a la actual realidad social: la sociedad civil es el espacio de relaciones humanas sin coerción estatal, nacidas de la espontaneidad y la autoorganización<sup>15</sup>. Y también a esa sociedad civil, y no sólo a los Estados, se convoca desde distintas instancias para que asuma su corresponsabilidad por el bien común. En ella se incluyen, a mi juicio, lo que han venido llamándose Segundo y Tercer Sector.

Según estas denominaciones, el Sector Público, el Estado, estaría formado por las Administraciones Públicas. El control último corresponde en él a grupos e individuos legitimados por el poder político y dispone de recursos públicos. El Sector Privado Mercantil, el «Mercado», estaría formado por las entidades que desarrollan actividades con ánimo de lucro y son controladas por propietarios privados. Mientras que el Tercer Sector, o Sector Privado No Lucrativo, sería el «Sector Social». Lo formarían entidades que no son gubernamentales ni tienen ánimo de lucro, sino que se proponen acrecentar el bienestar y el bienestar de las personas<sup>16</sup>. En este ámbito podrían distinguirse todavía dos grandes secciones, la de las asociaciones y las fundaciones. Las asociaciones, a mi juicio, no deberían denominarse «organizaciones no gubernamentales» (ONGs) o «no lucrativas», que a fin de cuentas es lo que se supone que no son, sino «Organizaciones Solidarias», o bien «Organizaciones Cívicas». Por otra parte, las fundaciones son un tipo especial de organización, cuya definición no es fácil de encontrar, pero podríamos aceptar la caracterización operativa que ofrece John Hopkins: «un patrimonio (privado o aportado por entidad pública), organizado (como persona jurídica) y afectado de modo duradero con fines de interés general (cualquier finalidad socialmente útil), con exclusión del ánimo de lucro en el fundador, o de reparto

---

<sup>15</sup> CORTINA, 1998, 374.

<sup>16</sup> CABRA DE LUNA, 1998, 23-26.

de beneficios entre los fundadores, bajo el Protectorado (para control y ayuda) del Estado»<sup>17</sup>.

El cumplimiento de objetivos de interés general es lo que define a las fundaciones, junto con su carácter de instituciones no lucrativas<sup>18</sup>. Qué tarea cabe a cada uno de estos sectores es una pregunta cuya respuesta ha ido matizándose en nuestro país, sobre todo a partir de los años ochenta del siglo xx.

#### **IV. Ética de las fundaciones: de la beneficencia a la corresponsabilidad**

La historia de las fundaciones empieza en la Edad Media con una tarea ética muy valiosa, que es la de proporcionar unos bienes necesarios para la supervivencia de las personas y de las sociedades que no procura el Estado. Sin embargo, uno de los síntomas del proceso de modernización ha consistido en responsabilizar al Estado y al poder administrativo de esas tareas que desde la Edad Media llevaban a cabo entidades benéficas. Convertir las cuestiones de beneficencia en cuestiones de justicia, que el Estado debe asumir, es un paso fundamental, que se recoge por vez primera en el *De subventione pauperum* de Juan Luis Vives.

En su tratado Vives analiza la situación de la pobreza, en principio, como una medida de protección de la sociedad frente a la amenaza que suponen los ladrones, las enfermedades contagiosas o los truhanes y por eso entiende que son los poderes públicos, en este caso los ayuntamientos, los que han de asumir esta tarea. Son los poderes públicos los que deben proteger a la sociedad, y no quedar esa protección en manos de instituciones privadas. Pero —y esto es importante— a la vez considera Vives que «es cosa vergonzosa para nosotros los cristianos, a quien ninguna cosa tanto se nos encarga como la caridad, y sola ella creo que se nos encarga, consentir que entre nosotros aya a cada passo tantos pobres y mendigantes»<sup>19</sup>. Por lo tanto, si por una parte, como bien dice Muñoz Machado, las propuestas de Vives «se separaron de las formas tradicionales de la práctica de la caridad, orientándolas hacia la municipalización y burocratización de la asistencia social»<sup>20</sup>, de donde se sigue que estaba germinando lo que siglos más tarde sería el Estado del Bienestar, no es menos cierto que apunta la idea de que los ayuntamientos deben ocu-

<sup>17</sup> CABRA DE LUNA, 1998, 367. Ver también JIMÉNEZ LARA, 2006.

<sup>18</sup> SÁENZ DE MIERA, 2004, 69.

<sup>19</sup> VIVES, 2006, 174.

<sup>20</sup> MUÑOZ MACHADO, 2013, 25.

parse de los pobres porque se debe proteger a la sociedad, pero también porque se debe empoderar a los pobres<sup>21</sup>. Si el hecho de que sea una tarea de justicia parece exigir que la lleve a cabo el poder público, con el tiempo de nuevo las iniciativas privadas —entre ellas, las fundaciones— se harán necesarias para realizar la justicia, y no sólo para tareas de beneficencia. Serán agentes de justicia.

Y, ciertamente, si interpretáramos la historia de la humanidad como una historia del progreso en la justicia, de igual modo que Hegel la interpreta como un progreso en la libertad, en esa historia lo que empiezan siendo acciones de beneficencia, a las que no corresponde ningún derecho de recibirlas por parte de los beneficiarios, se van convirtiendo paulatinamente en acciones de justicia, que corresponden al derecho de las personas. Los deberes de beneficencia se convierten en deberes de justicia que deben ser asumidos por el poder político.

Esto ocurre muy especialmente en el Estado del Bienestar, que supone el traspaso al poder político de la satisfacción de las exigencias de justicia, entre ellas, la obligación de considerar como derechos de justicia los derechos de segunda generación, sustrayéndolos al juego del mercado. Esto es lo que significa, a fin de cuentas «Estado social de Derecho», que tomó la forma del Estado del Bienestar, aunque más bien debería ser un Estado de Justicia<sup>22</sup>. En los Estados del Bienestar se entiende que el poder político debe ir desplazando a los sectores social y económico en la provisión de bienes referidos a las exigencias de justicia y, por lo tanto, las fundaciones pierden su objetivo fundamental y decaen. Por supuesto, en los países totalitarios las cuestiones de justicia, mal que bien, están en manos del poder político y no pueden siquiera existir fundaciones u organizaciones privadas que puedan competir con él en estas lides. Como puntualiza Jiménez Lara, tanto las ideologías socialistas como el corporativismo del régimen de Franco reclaman la intervención estatal frente a la iniciativa privada<sup>23</sup>. *Anular las fundaciones privadas es una de las actuaciones típicas de las sociedades cerradas frente a las abiertas.*

Sin embargo, cuando se reveló con claridad la crisis del Estado del Bienestar, un nutrido número de políticos y académicos sugirió un cambio de roles en el nuevo escenario. Si el Estado era incapaz de proteger los derechos de primera y segunda generación por razones diversas, tal vez convendría transitar del *Estado del Bienestar* a la «*Sociedad del Bienestar*», de modo que no

---

<sup>21</sup> DRÈZE y SEN, 1989.

<sup>22</sup> CORTINA, 1997, cap. 3.

<sup>23</sup> JIMÉNEZ LARA, 2006, 75.

fuerá sólo el Estado el responsable de proteger los derechos, sino que también asumieran su responsabilidad las familias, las empresas, las entidades bancarias, las asociaciones solidarias y cívicas, las fundaciones y la ciudadanía<sup>24</sup>. Con ello se daba a entender que el Estado no es el único agente de justicia, que los tres sectores están tan entreverados entre sí que resulta imposible aislarlos. Y, de hecho, la Constitución española de 1978 reconoce expresamente el derecho a crear fundaciones y la ley de 1994 regulará la actividad de las fundaciones.

Realmente, la responsabilidad legal sigue siendo del Estado, que gestiona los recursos públicos, y éste es un punto que no se puede olvidar: el Estado tiene por misión encarnar la justicia a través del bien común. Como bien dice Offe, «no podemos olvidar (...) que el Estado democrático, con su poder de fijar tributos, gastar y regular sigue siendo el instrumento mayor en compartir la responsabilidad entre sus miembros, ejerciendo en cierta medida el control sobre su propio destino. Si esto es así, no puede delegarse este instrumento (sea en manos del mercado o de la “sociedad civil”), sino ser reforzado y complementado»<sup>25</sup>.

En efecto, la sociedad civil no sustituye al Estado, pero tiene una responsabilidad que en determinados casos no se le puede exigir por ley y, sin embargo, está obligada a hacerlo desde un punto de vista ético. La buena noticia es que desde muy distintos sectores ya la está asumiendo en cierta medida. Por eso lo que importa es detectar esos «yacimientos de responsabilidad» que ya existen en la sociedad civil y potenciarlos, porque es contando con sus recursos como podrán alcanzarse las metas propuestas. Uno de esos yacimientos, y más en tiempos de globalización, son las fundaciones.

## V. Virtualidades de las fundaciones desde una ética de la corresponsabilidad

Ciertamente, existe una gran variedad de fundaciones atendiendo a los objetivos de interés general a los que se dirigen y teniendo en cuenta su estructura. En cuanto a los objetivos, pertenecen a los ámbitos más variados de la sociedad, como muestra la *International Clasification of Non-Profit Organizations* (ICNPO), que recoge 12 sectores de interés general, refiriéndose el último a «otros», con lo cual la lista es ilimitada: cultura y ocio, educación e investigación, salud, servicios sociales, medio ambiente, desarrollo y vivienda,

<sup>24</sup> PÉREZ DÍAZ, CHULIÁ y ÁLVAREZ, 1998.

<sup>25</sup> OFFE, 2012, 43.

derecho y política, intermediación filantrópica y promoción del voluntariado, cuestiones internacionales, religión, asociaciones empresariales y profesionales, y otros tipos de dedicaciones.

En lo que respecta a la estructura, algunas fundaciones están ligadas a empresas o a entidades financieras; otras gestionan un capital fundacional, atendiendo a la voluntad del fundador; otras congregan a diversos socios interesados por ofrecer a la sociedad el bien que proporciona la fundación. Obviamente, cada una de estas modalidades presenta sus peculiaridades, pero todas coinciden en ofrecer a la sociedad un bien del que de otro modo no podría disfrutar.

A comienzos del siglo XXI el número de fundaciones en España rozaba las 5.500, y se centraban en los sectores asistencial, de docencia e investigación, culturales y de ocio. Con el tiempo la calidad y el número de fundaciones ha crecido, generando beneficios, lo cual es un síntoma de la madurez de una sociedad. Las razones para este incremento desde un punto de vista ético serían, fundamentalmente, las siguientes.

En primer lugar, la crisis del Estado del Bienestar ha mostrado con claridad que es tiempo de *corresponsabilidad entre sociedad civil y Estado*, entre los distintos sectores y fuerzas sociales, que se encuentran realmente entreverados. Asumir esa responsabilidad compartida, cada cual desde su especificidad, es la forma de ir generando esa alianza global de la que hablábamos al comienzo, que es imposible sin contar con la sociedad civil, local y global<sup>26</sup>. El Sector Político no puede proteger suficientemente los derechos de segunda generación si no cuenta con la iniciativa de las fundaciones y de las organizaciones solidarias. Aunque proteger esos derechos es la tarea que le presta legitimidad social y en ella debe emplearse a fondo, necesita el concurso del sector privado, generando esa Sociedad de Justicia de la que antes hablábamos, porque por sí solo no puede lograrlo. Las alianzas entre los tres sectores no son, pues, sólo un proyecto deseable, sino una necesidad.

En segundo lugar, las fundaciones, por su estructura, proporcionan una estabilidad y una capacidad de arriesgar recursos en proyectos de medio y largo plazo que no están al alcance de otras entidades políticas y sociales, como gobiernos y empresas. Por otra parte, las fundaciones son espacios donde se puede cultivar la preocupación ética de largo plazo con la perspectiva que ofrece trabajar con un horizonte lejano. En el caso de otros agentes sociales la volatilidad de los acontecimientos impide dedicar el tiempo necesario para reflexionar y ponderar las distintas apuestas de sociedades comple-

---

<sup>26</sup> KALDOR, ANHEIER y GLASIUS, 2003.

jas, lo cual impide detectar los retos más relevantes y responder a ellos. De ahí que las fundaciones se conviertan en un espacio de solidaridad, pero también de serena reflexión y crítica y de búsqueda pausada. Eso les permite implicarse en creaciones pioneras, que resuelven problemas y son fecundas a largo plazo.

Estas características —y sería la tercera razón para su incremento— les convierten en agentes necesarios de justicia en un mundo globalizado, asumiendo su corresponsabilidad en la construcción de metas comunes, como serían las de la orientación dada por los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Estos objetivos, a fin de cuentas, son una concreción actual de lo que reclaman los derechos humanos, contando también con el cuidado de la naturaleza, que han defendido los ecologistas de todos los tiempos, y hace un tiempo el papa Francisco en su encíclica *Laudato si'*. En el caso de los ODS se incluye explícitamente a las fundaciones como uno de los protagonistas necesarios para generar una justicia global. Las alianzas que propone el objetivo 17 («Alianzas para lograr los objetivos»), incluyen a los tres sectores, incluyen la coordinación entre el sector público y el privado, y refieren muy especialmente a las fundaciones para proveer de fondos estables, que los gobiernos no se pueden permitir<sup>27</sup>.

Si la meta del desarrollo consiste en empoderar a las personas, que son fines en sí mismas y tienen dignidad y no un simple precio, y en cuidar la naturaleza valiosa, entonces la tarea de las fundaciones en los sectores que hemos mencionado es indispensable.

Por otra parte, las fundaciones no sólo responden a las demandas de la sociedad, sino que ofertan servicios que contribuyen a crear bienes públicos, al ser de interés general.

Y, dando un paso más, se espera de las fundaciones que garanticen la gobernabilidad globalizada, llenando en parte el poder perdido por los Estados nacionales, se espera que colaboren para crear una situación más igualitaria entre los Estados, apoyando a los gobiernos y administraciones menos poderosos.

Sin embargo, si éstas son algunas de las virtualidades éticas de las fundaciones, también conviene señalar sus posibles límites, las críticas que han recibido desde distintos sectores. Críticas que serán acertadas, como siempre ocurre, si se hace un mal uso de las fundaciones, pero que se desvirtúan si las fundaciones se encaminan al fin que les es propio. De ahí que proceder

---

<sup>27</sup> PATTBERG y WIDERBERG, 2016, 47.

con transparencia y rendición de cuentas sea indispensable. Los *recelos* que las fundaciones han despertado en algunos sectores se sustancian fundamentalmente en los siguientes.

En principio, algunos analistas temen que las fundaciones puedan brindar a las empresas un gran poder social, cuando sus protagonistas no han sido elegidos por la ciudadanía, de suerte que empoderarlas sería antidemocrático. En alguna ocasión un liberal como Baumol ha llegado a afirmar que el poder de interferencia que pueden tener sobre nuestras vidas puede resultar intolerable y ser una amenaza bastante clara para la democracia<sup>28</sup>. A juicio de Baumol, las decisiones que toman las fundaciones afectan a toda la sociedad y, por lo tanto, sólo deberían tomarlas los representantes libremente elegidos por el pueblo. Si son las fundaciones las que asumen ese poder, pueden tener una influencia excesiva en el conjunto de la sociedad<sup>29</sup>.

En segundo lugar, cuando se trata de fundaciones ligadas a empresas o entidades bancarias —se dice—, éstas pueden utilizar el compromiso con las tareas de mecenazgo como una forma de control sobre los integrantes de la entidad a través del compromiso voluntario, como una forma de integrar emocionalmente a los trabajadores de la empresa<sup>30</sup>.

En tercer lugar, y recurrente a lo largo de la historia, la prevención frente al hecho de que puedan intentar desplazar al Estado en tareas que afectan a éste, de modo que en este punto se produciría un proceso de «des-modernización» y de privatización de tareas de interés general, que en tal caso sólo favorecerían a los sectores sociales elegidos, aumentando las desigualdades. Influirían en la agenda pública sin haber sido elegidas democráticamente.

En cuarto lugar, las fundaciones despiertan recelos porque hay en ocasiones falta de transparencia, fraude financiero, estructuras no democráticas, y se les achaca un carácter elitista y corporativista, ajeno a la crítica y la autocrítica<sup>31</sup>.

Claro que existe una extensa tipología de fundaciones, y que algunas de ellas se encuentran con problemas éticos peculiares. Es lo que sucede en el caso de fundaciones ligadas a empresas, que se encuentran siempre en un equilibrio inestable. Por una parte, son la expresión del compromiso solidario de la empresa con la sociedad, que muestra de este modo que no se limita a su tarea comercial, sino que asume funciones de solidaridad. Como bien dice

<sup>28</sup> BAUMOL, 1993.

<sup>29</sup> MORENO, 1997, 35. Ver también IZQUIERDO, 2000.

<sup>30</sup> MORENO, 1997, 35.

<sup>31</sup> JIMÉNEZ LARA, 2006, 79 y ss.

Gabino Izquierdo, son «la expresión más clara y sistemática en el mundo actual del mecenazgo empresarial: su institucionalización más firme y la concreción más manifiesta de la decisión de su sostenimiento permanente: una especie de pacto público de la empresa con la sociedad por el que se consigna la voluntad de asegurar de forma quasi irrevocable esa voluntad de compromiso social a través de una institución permanente dedicada a esa finalidad»<sup>32</sup>.

Sin embargo, la ética de la empresa y de la fundación exige que la segunda no sea un aditamento cosmético, que se añade a la empresa, sino que la empresa asuma su responsabilidad social como una herramienta de gestión, como una medida de prudencia y como una exigencia de justicia, atendiendo a todos los afectados por su actividad, y que cuente con la fundación como un peculiar elemento de solidaridad con la sociedad y el medio ambiente y como un medio de comunicación de lo que la empresa quiere hacer y ser. Con ello genera capital simpatía, es un factor de fidelización de clientes, actuales y futuros, pero también produce algo tan importante y necesario como capital social; ese elemento que permite generar en una sociedad abierta la indispensable cohesión social.

La empresa tiene que conseguir beneficio y la fundación no puede ser una apuesta supererogatoria, sino que de alguna manera tiene que ser un medio de comunicación de la empresa, tiene que ser beneficiosa y, a poder ser, ayudar con actuaciones que sean de su ámbito de especialización.

Naturalmente, señalar los riesgos es siempre un modo de advertir de su existencia y de invitar a potenciar los aspectos sumamente positivos de las fundaciones, que ya hemos señalado al comienzo de este apartado. Las fundaciones son indispensables en sociedades abiertas, que permiten florecer cuantas iniciativas surgen para satisfacer necesidades de la sociedad y del medio ambiente, detectando nuevas necesidades y propuestas, poniendo los medios para satisfacerlas y jugando cartas pioneras, en la línea de la creatividad y la innovación. Son las sociedades totalitarias y corporativistas las que ponen freno a las ofertas solidarias e innovadoras de la sociedad civil y consideran la diversidad como un peligro, apostando por la homogeneización. El sello de la sociedad abierta y democrática no es la homogeneización, sino el pluralismo en todas sus facetas, también, por supuesto, en el de los protagonistas y agentes de la sociedad de justicia.

Afortunadamente, una ciudadanía cada vez más madura presenta exigencias que las fundaciones pueden satisfacer con la visión de largo plazo que

---

<sup>32</sup> IZQUIERDO, 2000, 208.

no pueden permitirse ni las empresas ni el Estado. No es extraño que se estén introduciendo cada vez más en el nivel multinacional, también en España, con el objetivo de humanizar la globalización y civilizarla.

Por último, aunque no en último lugar en modo alguno, con sus actuaciones pueden cumplir una valiosa función de ejemplaridad en sociedades necesitadas de referentes morales.

Podemos decir, *en conclusión*, que es tiempo de *corresponsabilidad entre sociedad civil y Estado*, entre los distintos sectores y fuerzas sociales, que se encuentran realmente entreverados. Asumir esa responsabilidad compartida, cada cual desde su especificidad, es la forma de ir generando esa alianza global de la que hablábamos al comienzo, que es imposible sin contar con la sociedad civil, local y global<sup>33</sup>.

Para lograrlo hacen falta sin duda contratos, pactos sociales, como sabemos al menos desde Hobbes, pero también una profunda alianza. Porque las personas podemos sellar pactos políticos, económicos y sociales, y tenemos que hacerlo, pero el *reconocimiento* de los derechos y de la dignidad no es fruto de un pacto, sino una condición indispensable para sellar pactos justos y mantenerlos. La alianza entre quienes se reconocen mutuamente como seres dotados de dignidad es la que exige compartir responsablemente las cargas y los beneficios<sup>34</sup>.

En este sentido, la ética de las fundaciones exige intentar generar capital simpatía para las empresas que las sustentan, tratar de generar imagen, pero también utilizar su independencia relativa para arriesgar el patrimonio en temas pioneros, abriendo creativamente nuevos espacios, para proporcionar productos de calidad que beneficien a la sociedad en su conjunto. Lo cual requiere generosidad y fino sentido de la justicia. Podría decirse que el Tercer Sector es en realidad Primero, porque sin el capital social que él genera no pueden funcionar ni el político ni el financiero. Es ese Tercer Sector el que presta cohesión a comunidades habitables, dotadas de unas redes de solidaridad que amortiguan los golpes de la sociedad globalizada y digitalizada.

La Universidad Comercial de Deusto se propuso desde sus orígenes formar directivos empresariales, pertrechados con un bagaje universitario y con valores éticos, en el seno de una universidad que se presentaba como un lugar de encuentro entre la fe cristiana y la cultura. Prolongar ese diálogo un siglo más tarde es necesario. Ética cristiana y ética cívica tienen por núcleo

---

<sup>33</sup> KALDOR, ANHEIER y GLASIUS, 2003.

<sup>34</sup> CORTINA, 2001.

el respeto a la dignidad del ser humano y el valor de la naturaleza que precisa cuidado. Por eso deben trabajar codo a codo en la construcción de una economía y una empresa al servicio de las personas y de la naturaleza, apostando sin ambages por juegos de suma positiva, nunca por juegos de suma cero.

## Bibliografía

- AA.VV. (2012): *Shared social responsibilities: putting theory into practice, Trends in Social Cohesion*, n.º 24, Council of Europe Publishing.
- ANSOTEGUI, C.; GÓMEZ-BEZARES, F. y GONZÁLEZ FABRE, R. (2014): *Ética de las finanzas*, Desclée de Brouwer.
- APEL, K.-O. (1985): *La transformación de la filosofía*, Taurus, Madrid, 2 vols.
- (2000): «First Things First. Der Begriff primordialer Mit-Verantwortung. Zur Begründung einer planetaren Makroethik», en KETTNER, M., *Angewandte Ethik als Politikum*, Suhrkamp, Frankfurt, 21-50.
- BAUMOL, W. J. (1993): *Mercados perfectos y virtud natural*, Colegio de Economistas de Madrid, Celeste Ediciones, Madrid.
- BOLETÍN DE ESTUDIOS ECONÓMICOS (2012): *Finanzas éticas y alternativas*, vol. LXVII, n.º 206.
- (2014): *Dirigir con ética*, vol. LXIX, n.º 211.
- CABRA DE LUNA, M. A. (1998): *El Tercer Sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, Escuela Libre Editorial.
- (2000): «La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación», en M. A. CABRA DE LUNA, 2000, *Economistas*, 83, 1998.
- CONILL, J. (2004): *Horizontes de economía ética*, Tecnos, Madrid.
- CORTINA, A. (1997): *Ciudadanos del mundo*, Alianza, Madrid.
- (1998): «Sociedad civil», en CORTINA, A. (dir.), *Diez palabras clave en Filosofía Política*, Verbo Divino, Estella, 353-388.
- (2001): *Alianza y contrato. Política, ética y religión*, Trotta, Madrid.
- (2012): «Encourager la cohérence entre visions et comportements: à la recherche des ressources morales pour le partage des responsabilités sociales», en AA.VV. (2012), 59-70.
- (2013): *¿Para qué sirve realmente la ética?*, Paidós, Barcelona.
- (2014): «Fundación ÉTNOR: 20 años de ética económica y empresarial», en AA.VV., *Las oportunidades de la empresa en el nuevo contexto europeo*, Fundación ÉTNOR, Valencia.
- (2016): *Economía ética para un tiempo nuevo*. Discurso de Investidura como *Doctora Honoris Causa* por la Universidad de Deusto, Bilbao.

- CORTINA, A.; CONILL, J.; DOMINGO, A. y GARCÍA-MARZÁ, D. (1994): *Ética de la empresa. Claves para una cultura empresarial*, Trotta, Madrid.
- CORTINA, A. y CONILL, J. (2014): «La responsabilidad ética de la sociedad civil», en *Mediterráneo Económico*, n.º 26, 13-29.
- DRÈZE, J. y SEN, A. (1989): *Hunger and Public Action*, Oxford Univ. Press. FRANCISCO (2015): Encíclica *Laudato sí'* sobre el cuidado de la casa común.
- GARCÍA DELGADO, J. L.; TRIGUERO, Á. y JIMÉNEZ, J. C. (2014): «El emprendedor social como punto de encuentro entre el tercer sector y la sociedad civil», *Mediterráneo Económico*, 26, 275-290.
- GARCÍA-MARZÁ, D. (2004): *Ética empresarial. Del diálogo a la confianza*, Trotta, Madrid.
- (2014): «La RSC en perspectiva ética», *Mediterráneo Económico*, 26, 239-254.
- GÓMEZ-BEZARES, F. (1992): «Prólogo» a M.ª DOLORES REVUELTA: *La Universidad Comercial de Deusto (1916-1991)*, Temas Vizcainos, BBK. Bilbao.
- (2001): *Ética, economía y finanzas*, Gobierno de La Rioja, Logroño.
- IZQUIERDO, G. (2000): *Entre el fragor y el desconcierto. Economía, ética y empresa en la Era de la Globalización*, Minerva, Madrid.
- JIMÉNEZ LARA, A. (2006), «El mosaico no lucrativo», en RUIZ OLABUENAGA, J. I., *El sector no lucrativo en España. Una visión reciente*, Fundación BBVA, 27-83.
- JONAS, H. (1994): *El principio responsabilidad*, Círculo de Lectores, Barcelona.
- KALDOR, M.; ANHEIER, H. y GLASIUS, M. (eds.) (2003): *Global Civil Society*, Oxford University Press, Oxford.
- MORENO, J. Á. (1997): «Ética, empresa y fundaciones», en Adela CORTINA (dir.), *Ética y empresa: una visión multidisciplinar*, Fundación Argentaria/Visor, Madrid, 27-40.
- (2014): «Semillas de economía alternativa. ¿Construyendo otro mundo?», *Mediterráneo Económico*, 26, 291-307.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2013): *Discurso de Investidura como Doctor Honoris Causa por la Universitat de València*.
- OFFE, C. (2012): «Shared social responsibility. A concept in search of its political meaning and promise», en AA.VV. (2012): *Shared social responsibilities: putting theory into practice, Trends in Social Cohesion*, n.º 24, Council of Europe Publishing, 29-47.
- PATTBERG, PH. y WIDERBERG, O. (2016): «Transnational multistakeholder partnerships for sustainable development: Conditions for success», en *Ambio*, 45:42-51.
- PÉREZ DÍAZ, V.; CHULIÁ, E. y ÁLVAREZ, B. (1998): *Familia y sistema del bienestar*, Fundación Argentaria/Visor, Madrid.
- PUTNAM, R. D. (1993): *Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton University Press.
- RAVALLION, M. (2016): *The Economics of Poverty. History, Measurement and Policy*, Oxford University Press.

- REVUELTA, M.<sup>a</sup> D. (1992): *La Universidad Comercial de Deusto: 75 años formando profesionales para la empresa*, Fundación Luis Bernaola, Bilbao.
- (1992): *La Universidad Comercial de Deusto (1916-1991)*, BBK, Bilbao.
- SÁENZ DE MIERA, A. (2004): *El impacto del 11-S en el sector filantrópico*, Fundación BBVA, Bilbao.
- SÁIZ VALDIVIESO, A. C. (2016): *La Fundación Vizcaína Aguirre y su obra más preclara: la Universidad Comercial de Deusto (1916-2016)*. Crónica de un compromiso, Fundación Vizcaína Aguirre.
- VIVES, J. L. (2006): *Tratado sobre el socorro de los pobres*, Pre-textos, Valencia.
- ZAMAGNI, S. (2014): «El reto de la responsabilidad civil de la empresa», *Mediterráneo Económico*, 26, 209-225.



# Estructura, conducta y resultados de las fundaciones españolas\*

Amadeo Petitbò

Vicepresidente de la Asociación Española de Fundaciones  
Catedrático de Economía Aplicada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS FUNDACIONES ANTE EL RETO DE LA MODERNIZACIÓN: 1. *La visión tradicional.* 2. *Una visión moderna.*—III. UN NUEVO ENFOQUE DEL SECTOR FUNDACIONAL: 1. *La estructura del sector fundacional.* 2. *La conducta del sector fundacional.* 3. *Resultados.*—IV. DATOS MACROECONÓMICOS.—V. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. Introducción

Los mercados son instituciones cuyo principal objetivo es facilitar el intercambio y, como consecuencia del mismo, obtener beneficios y contribuir al crecimiento económico y al bienestar. Las fundaciones<sup>1</sup>, en cambio, tienen como misión principal atender necesidades de interés general<sup>2</sup> no cubiertas por las administraciones públicas<sup>3</sup> (AA.PP.) o por el sector privado. En unos casos lo hacen con recursos propios. En otros, canalizando recursos privados o públicos, con los correspondientes problemas de competencia<sup>4</sup> en el proceso de obtención de recursos y de dependencia de los vaivenes del ciclo económico y de la política económica.

En esta cuestión, el problema de fondo reside en el hecho de fijar quién debe ser el actor principal en relación con las actividades de interés general:

---

\* Este artículo se publicó en el «Boletín de Estudios Económicos», vol. LXXII, n.º 220 (2017), pp. 23-54, y se reproduce en este Anuario con su autorización.

El presente trabajo se ha beneficiado de los comentarios y sugerencias de Javier Nadal, Silverio Agea, Isabel Peñalosa y Rosa Gallego. Los posibles errores, imprecisiones o interpretaciones erróneas son de responsabilidad exclusiva del autor.

<sup>1</sup> Ver GOMÁ (2014); NADAL (2013).

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo, PIÑAR (2010); CAFFARENA (2009).

<sup>3</sup> «Solidaridad de individuos libres, compromiso responsable en proyectos libremente gestados: ahí radica la más específica de las actividades del Tercer Sector; por esto su campo propio es el de lo privado solidario y socialmente responsable». Ver GARCÍA DELGADO (dir.) (2004, p. 21).

<sup>4</sup> El 56 por ciento de las fundaciones manifiesta que tiene que competir por la obtención de recursos. Sólo el 16 por ciento de las fundaciones afirma que no tiene que competir. Ver, COORDINADORA CATALANA DE FUNDACIONS (2012, p. 15).

las fundaciones (o el sector no lucrativo, en general), las AA.PP. o el sector privado. Lógicamente, el sistema fiscal ocupa un lugar central en el debate. En todo caso, las cuestiones relacionadas con el colectivo fundacional han sido poco estudiadas en España desde la perspectiva del análisis económico.

En relación con las fundaciones, puede afirmarse que, como norma, actúan rápida y eficientemente en la solución de las necesidades sociales de la más diversa naturaleza. Y lo hacen, cooperando, complementando o sustituyendo a las AA.PP. o al sector privado, según la naturaleza de los problemas y las circunstancias. En este contexto, de acuerdo con los datos suministrados por la Coordinadora Catalana de Fundacions (2012, 16), posiblemente sesgados por algunas dosis de autocoplacencia pero válidos en líneas generales, el 57 por ciento de las fundaciones manifiesta sentirse más eficiente que las AA.PP. en la prestación de servicios públicos y tan sólo un 1 por ciento cree que lo hace peor que las empresas privadas.

El trabajo que se presenta pretende ser una primera aproximación a la aplicación de los principios que conforman el análisis de la economía industrial, o economía de los mercados<sup>5</sup>. El desarrollo del análisis empírico y la investigación sobre las posibles relaciones causales entre variables exige un arsenal de datos individuales de las fundaciones que en estos momentos no está disponible de forma informatizada<sup>6</sup>. Cuando sea posible acceder a la base de datos del Registro de Fundaciones de naturaleza estatal (y al resto de registros), el análisis empírico avanzará de forma acelerada. Conoceremos mejor el universo fundacional, la conducta de sus componentes y los resultados alcanzados. Además, se avanzará en aspectos como la transparencia y se abrirán las puertas a la posibilidad de llevar a cabo análisis comparados con el fin de adoptar las mejores prácticas. De momento, debe trabajarse con los datos disponibles, cuyo origen principal es el Instituto de Análisis Estratégico de Fundaciones (INAEF) de la Asociación Española de Fundaciones (AEF) que me honro en dirigir, y de los informes realizados sobre la base de los mismos.

<sup>5</sup> La aplicación de la metodología de la Economía industrial o de los mercados no supone que las fundaciones siempre actúen como las empresas. Lo hacen en ocasiones y en determinados aspectos, pero no siempre. En el presente trabajo se trata de avanzar en la comprensión del sector fundacional sobre la base de una metodología —lógicamente adaptada— que cuenta con una larga tradición. Hay coincidencias y divergencias. La metodología es sólo un instrumento de análisis. Otras posibilidades pueden verse en HANSMANN (1987).

<sup>6</sup> «El universo de las Asociaciones y Fundaciones es la parte menos explorada y, sin duda, peor conocida de la economía formal y, por ende, de la Economía social», GARCÍA DELGADO (dir.) (2004, p. 89).

## II. Las fundaciones ante el reto de la modernización

Las fundaciones —y el sector no lucrativo, en general— cuentan con una larga tradición en España<sup>7</sup>. Su creación responde a la voluntad de su fundador, o fundadores, de contribuir a resolver problemas de interés general<sup>8</sup>. Su objetivo es contribuir a resolver problemas o necesidades que afectan a los ciudadanos o a conjuntos específicos de ciudadanos<sup>9</sup>. En consecuencia, su actividad refleja la imaginación del fundador, de sus directivos y de sus órganos de gobierno. Cuenta, por tanto, con multitud de matices y se lleva a cabo desde situaciones y tamaños distintos. En todo caso, seguirán resolviendo problemas sociales en un contexto que, de acuerdo con Nadal (2013, p. 112), seguirá mostrando demandas sociales no cubiertas que incrementarán «la presión sobre el Tercer sector, tanto en términos de su capacidad de respuesta técnica como de necesidades financieras»<sup>10</sup>.

En general, puede decirse que las fundaciones han cumplido satisfactoriamente con sus compromisos<sup>11</sup>. Las excepciones a la regla han sido escasas y, en todo caso, estadísticamente no significativas, aunque han tenido un impacto coyunturalmente negativo sobre la imagen del conjunto fundacional explicable, sobre todo, por el —todavía— escaso conocimiento que tiene la sociedad acerca de su cometido, honestidad y resultados alcanzados<sup>12</sup>. Sin olvidar que las fundaciones apoyan su trabajo en la independencia, experien-

<sup>7</sup> Ver, por ejemplo, RUIZ OLABUÉNAGA (dir.) (2000, pp. 46-77).

<sup>8</sup> Ver NADAL (2013, p. 115): «La creación de una fundación está determinada, en la mayoría de los casos, por un impulso altruista que lleva a los fundadores a poner el foco en la acción, en los resultados, en los beneficiarios, incluso, a veces, sin reparar en gastos».

<sup>9</sup> Sobre los retos de las fundaciones, ver DE LORENZO, PIÑAR, SANJURJO (2011); ÁLVAREZ (2014).

<sup>10</sup> Cuando se pregunta cuál sería la mejor forma de mejorar la financiación de las fundaciones, las opiniones están muy divididas pero un 40 por ciento se inclina por las AA.PP. y el 60 por ciento lo descarta o se inclina por la iniciativa privada. Un 28 por ciento se inclina por una nueva ley de mecenazgo o por desgravaciones fiscales. En todo caso, lo destacado es que un 40 por ciento de fundaciones consideran que los problemas de financiación son internos y que lo relevante es la necesidad de mejorar la eficiencia en la gestión de los recursos, el aumento de la oferta de servicios propios o la búsqueda de sinergias con otras fundaciones. Ver COORDINADORA CATALANA DE FUNDACIONS (2012, p. 15).

<sup>11</sup> «Treinta años después de haberse reconocido en la legislación española, tras la Constitución de 1978, las Asociaciones y Fundaciones siguen siendo una de las piezas más dinámicas —y a veces desconocidas— dentro del amplio espectro de Entidades del Tercer Sector o Economía Social. Habiendo superado su etapa de juventud, gran parte de ellas están acometiendo con mayor grado de madurez y profesionalidad las tareas que les corresponden como representantes de la Sociedad Civil», GARCÍA DELGADO (dir.) (2009, p. 319).

<sup>12</sup> Uno de los problemas del colectivo fundacional es su escasa presencia en los medios de comunicación explicando sus actuaciones y los resultados de las mismas.

cia y conocimiento, flexibilidad y buena gestión del riesgo y de la capacidad de innovar (Abramson, Soskis, Toepler, 2012).

Como señalan Rubio, Sosvilla (2016, p. 5) las fundaciones «desempeñan un papel cada vez más relevante en la sociedad española ya que pueden atender las necesidades de determinados colectivos de una forma más cercana y eficiente que el sector público. Unas veces las fundaciones hacen frente a esas necesidades sociales de forma complementaria, otras de forma distinta, y, en ocasiones, de forma única e insustituible»<sup>13</sup>. Ruiz Olabuénaga (2000, p. 267), sintetizó con buena pluma e inteligencia la actividad de las organizaciones no lucrativas: «el mundo de las organizaciones privadas no lucrativas, con sus peculiaridades y deficiencias, con sus riesgos y sus debilidades, cumple con satisfacción la función supletoria, complementaria y enriquecedora de la oferta de servicios de la Administración Pública, como escuela auténtica de participación social y de fomento de la democracia, al mismo tiempo que constituye un mecanismo completo de mediación social, como conjunto de grupos intermedios que contribuyen eficazmente al desarrollo de la solidaridad orgánica de las sociedades modernas, como agudamente observó hace ya tiempo Emile Durkheim...».

En un contexto caracterizado por el cambio tecnológico y la aparición de nuevas necesidades individuales y sociales, puede afirmarse que conviven dos visiones en relación con las fundaciones. La primera, una visión tradicional, clásica, reflejada y apoyada en la legislación vigente y reflejada en la misma. Se trata de una visión y legislación que necesitan una modernización que refleje los cambios registrados en el conjunto de la economía y las nuevas relaciones de los ciudadanos en relación con las fundaciones, sea como impulsores de las mismas o como beneficiarios de sus actividades. La segunda, una visión moderna, que incluye en sus conductas los cambios registrados en los últimos años caracterizados por el impacto negativo de la crisis económica, la irrupción de cambios tecnológicos con indudable impacto sobre la sociedad, especialmente en las modernas economías de mercado desarrolladas, y las nuevas formas de articulación social reflejo de los cambios demográficos y de los mayores niveles de educación.

## 1. *La visión tradicional*

La visión tradicional se refleja y apoya en la legislación vigente que, a su vez, al no considerar con la debida intención los cambios registrados en la

---

<sup>13</sup> Las acciones en los campos de la discapacidad, la pobreza o la dependencia son buenos ejemplos que ilustran la cuestión.

economía y la sociedad a lo largo de la última década, se convierte en una barrera para el cambio. Una barrera no muy alta pero, al fin y al cabo, un obstáculo para la modernización del colectivo fundacional. En otros términos, ante los cambios registrados en la sociedad, la regulación de la actividad fundacional no ha sido adaptada a los mismos, especialmente en relación con las nuevas tecnologías, las nuevas formas de altruismo (Ponce, 2013) y el correspondiente impacto fiscal en relación con el mecenazgo<sup>14</sup>.

En relación con las cuestiones fiscales, es relevante la conclusión alcanzada por Galindo, Rubio, Sosvilla (2102, p. 73): «el análisis realizado nos muestra un retorno fiscal positivo en todos los escenarios considerados. Esto es, cada euro que se desgrava genera unos rendimientos fiscales positivos que son mayores conforme aumenta la desgravación considerada, debida fundamentalmente por (*sic*) el tipo de comportamiento de la economía española, en la que la demanda interna, especialmente el consumo, desempeña un papel fundamental». Esta conclusión pone de manifiesto que la generosidad fiscal del Estado en el caso de las fundaciones se traduce en una reducción multiplicada de sus gastos en cuestiones de interés general.

Sin embargo, las AA.PP. se resisten a perder espacios de poder ante la posibilidad de que las fundaciones, otras organizaciones no lucrativas o el sector privado, puedan invadir campos de actividad considerados como cotos cerrados en los que sólo debe actuar el sector público<sup>15</sup>. Esta visión, privada de impulsos modernizadores, se mantiene al margen de consideraciones basadas en un análisis coste-beneficio o coste-eficacia. El pilar de la legislación vigente es la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF2002). La Ley, en su Exposición de motivos, se refiere al derecho constitucional a fundar y a diversas exigencias que, en un momento ya lejano, aconsejaron la actualización de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (LF1994), que fue calificada, acertadamente, como «vetusta». En todo caso, el mismo adjetivo podría aplicarse, en estos momentos, a la LF2002.

La LF2002 pretendió recoger, con excesiva cautela y un acusado espíritu conservador, las experiencias innovadoras en el campo del derecho comparado, cuestión no exenta de dificultades dados los diferentes contextos sociales en que se desarrolla la actividad de las fundaciones<sup>16</sup>. Al mismo tiempo, sobre la base de las pretensiones de las fundaciones españolas manifestadas a

<sup>14</sup> Sobre las cuestiones fiscales, ver, por ejemplo, PEÑALOSA (2014); CRESPO (2014); LÓPEZ (2013); BLÁZQUEZ, PEÑALOSA (2013); BLÁZQUEZ (2012); CRUZ AMORÓS (2009).

<sup>15</sup> La sanidad o la enseñanza, por ejemplo.

<sup>16</sup> Ver PARAMÉS (2011).

través de sus órganos representativos, pretendió superar los problemas incluidos en la LF1994, algo que no consiguió totalmente.

La referencia al contexto regulador no es baladí. En efecto, dentro del marco analítico de la economía industrial o de los mercados, la regulación es entendida como una de las referencias básicas que condiciona la estructura, la conducta y los resultados de las fundaciones. En consecuencia, su adaptación a las necesidades de cada momento, de acuerdo con las circunstancias cambiantes, se configura como una pieza fundamental que contribuye a asegurar los mejores resultados de las fundaciones.

La definición legal de las fundaciones<sup>17</sup> —esta especie de «centauros metafísicos», que diría Javier Goma (2014, p. 91)— está contenida en el artículo 2 LF2002 donde se dice: «Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general». En otros términos, se trata de organizaciones que disponen de un patrimonio (art. 19 LF2002) que deben gestionar eficientemente y cuyo objetivo es la resolución de problemas de interés general. Además, no persiguen la distribución de beneficios a los fundadores sin que este hecho excluya la obtención de beneficios como consecuencia de la buena gestión de su patrimonio. Pero, al mismo tiempo, los ingresos derivados de dicha gestión, de la prestación de servicios u obtenidos por cualquier otro procedimiento, no pueden destinarse a satisfacer necesidades particulares y, necesariamente, deben destinarse a cubrir los objetivos fundacionales. Lógicamente, la LF2002, concede un amplio campo de libertad a los fundadores para que definan los fines de la fundación que pueden ser tan diversificados y diferenciados como sensibilidad, imaginación y preocupaciones tengan sus creadores. De ahí surge la riqueza de la actividad fundacional, la grandeza de sus programas de actuación y, sobre todo, de los fundadores —y, en ocasiones, de sus descendientes— ejemplos de generosidad y solidaridad<sup>18</sup>.

Dado que las fundaciones orientan su actividad a la cobertura de actividades de interés general —dónde hay una necesidad surge una fundación, se dice con frecuencia—, en caso de no existir, dichas actividades deberían ser

<sup>17</sup> Hay otras definiciones que no alteran significativamente el sentido de la definición legal. Ver, por ejemplo, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES (2011, p. 15). Los autores de dicho estudio fueron M. REY y L. I. ÁLVAREZ. Dichos autores reconsideran esta definición en REY-GARCÍA, ÁLVAREZ-GONZÁLEZ (2015).

<sup>18</sup> Cuando los fundadores se refieren a que con su iniciativa de crear una fundación pretenden devolver a la sociedad parte de lo que ésta les ha dado, olvidan que ya lo han devuelto a través del sistema fiscal. El acto de fundar revela un ejercicio de liberalidad, de desprendimiento definitivo de una parte de sus bienes y de generosidad, con la solución de problemas de interés general como referencia.

cubiertas por las AA.PP. o por el sector privado. En relación con la asignación de los recursos fundacionales, la LF2002 establece que las fundaciones destinarán, al menos, el 70 por ciento<sup>19</sup> de sus ingresos —deducidos los gastos incurridos— a la realización de los fines fundacionales, a incrementar la dotación patrimonial o a reservas (art. 27 LF2002). Esta previsión, sorprendentemente, no toma en consideración la evolución de la coyuntura económica ni el comportamiento de los mercados financieros. En períodos de alta inflación y escasa rentabilidad de las inversiones, el cumplimiento estricto de la norma puede impedir llevar a cabo la actividad fundacional sobre la base de la asignación óptima de los recursos económicos fundacionales<sup>20</sup>.

## **2. Una visión moderna**

El planteamiento tradicional —administrativo, estático— no recoge los cambios registrados en el colectivo fundacional a lo largo de los últimos años<sup>21</sup>. Tales cambios han tenido lugar sobre la base de una plataforma compleja dominada por la globalización, la crisis económica, el aumento en el número de las fundaciones, el desarrollo de Internet, el incremento de la importancia de las redes sociales y el progreso tecnológico, en general. Todo ello configura un panorama completamente distinto en el que las fundaciones deben llevar a cabo su actividad<sup>22</sup>. En consecuencia, ante una nueva realidad, rica en matices en el contexto de una sociedad dinámica, la legislación actual —inequívocamente obsoleta— debería ser objeto de reconsideración en bastantes aspectos; en particular, en relación con el fomento de la actividad fundacional, la seguridad jurídica, la gestión —pública y privada—, la transparencia y la independencia del supervisor<sup>23</sup>.

La globalización no es un fenómeno nuevo<sup>24</sup>. Sin embargo, ha alcanzado una nueva dimensión como consecuencia del desarrollo y extensión explosivos

<sup>19</sup> Dicho porcentaje fue fijado políticamente, sin los necesarios estudios previos. El ministerio responsable abogaba por un 90 por ciento y los representantes de las fundaciones defendían la pertinencia de un 50 por ciento. La decisión final fue salomónica: justo la media de ambas propuestas. Sobre la falta de sentido económico de dicho porcentaje ver PETITBÒ, HERNÁNDEZ MARCOS (2009, pp. 59-94).

<sup>20</sup> Afortunadamente, los Protectorados tienden a flexibilizar la aplicación estricta de lo dispuesto en la regulación.

<sup>21</sup> Un buen trabajo sobre las fundaciones que, en muchos aspectos, conserva su vigencia dieciséis años después de su publicación, es DOMÍNGUEZ, CERRATO, GARCÍA (2001).

<sup>22</sup> Ver, por ejemplo, PETITBÒ (2014).

<sup>23</sup> Al estilo de la CNMV. En este caso deberían resolverse dos cuestiones: el control y la captura del supervisor.

<sup>24</sup> Sobre la globalización, ver, por ejemplo, RODRIK (2011), GHEMAWAT (2011).

de las comunicaciones y las telecomunicaciones en un contexto de progreso tecnológico acelerado, disruptivo en muchos casos. Este hecho, por su relevancia, ha impactado sobre el conjunto de la sociedad y, en particular, en el quehacer cotidiano de las fundaciones. Pero, considerado el conjunto del sector fundacional, lo ha hecho de una forma desigual, insuficiente e inacabada.

El progreso tecnológico no es ajeno a la acción de las fundaciones<sup>25</sup>. Por un lado, son las propias fundaciones las que —directa o indirectamente— han impulsado el desarrollo de la tecnología con sus aportaciones en forma de inversiones o becas, por ejemplo. Y, por otro lado, las fundaciones utilizan las nuevas tecnologías, cada vez con mayor intensidad, pero aun de forma insuficiente, para ampliar, diversificar y diferenciar el campo cubierto por sus actuaciones y mejorar el uso de sus recursos con el objetivo de alcanzar mejores resultados. Si bien es cierto que en los últimos años —presididos por la crisis económica y la escasez de capitales— los cambios relevantes se han apoyado en Internet y los teléfonos móviles, en los próximos años el panorama cambiará de forma significativa. En efecto, de acuerdo con los expertos<sup>26</sup>, los avances científicos pronto transitarán por distintos caminos y a gran velocidad. Serán disruptivos y las referencias serán la inteligencia artificial, la robótica, la biología sintética, la impresión tridimensional, el uso masivo de datos, la biomedicina, la neurociencia, la nanotecnología o la búsqueda de nuevos métodos de ahorro energético y de preservación del medio ambiente, por citar algunos ejemplos. No cabe duda de que los nuevos descubrimientos y sus aplicaciones contribuirán de forma decisiva a mejorar el bienestar de la sociedad y modificarán el contenido de la actividad fundacional<sup>27</sup>. Con toda probabilidad las fundaciones estarán presentes en dicho proceso.

Lógicamente, si el objetivo es que el cambio sea rápido y sin costes innecesarios debe tener lugar en un contexto sin barreras de entrada y sin regulaciones inefficientes. Tales muros, en el mundo de los negocios, adquieren una relevancia creciente en el proceso de introducción de nuevas tecno-

<sup>25</sup> Pese a sus lagunas, una referencia útil es el trabajo de REY-GARCÍA, ÁLVAREZ-GONZÁLEZ (2015). Parte de este estudio se apoya en el primer informe de la AEF sobre el sector fundacional. Se trataba de un estudio seminal, incompleto, sin inferencia estadística y, lógicamente, no contrastado con datos posteriores. A partir del mismo, la Asociación, en el marco del INAEF, ha publicado sendos Informes referidos a los períodos 2008-2009 (2012), 2008-2012 (2014) y 2008-2014 (2016), que pueden consultarse en [www.fundaciones.org](http://www.fundaciones.org). Los datos del presente trabajo proceden de la versión más depurada contenida en RUBIO, SOSVILLA (2016), citado como RUBIO/SOSVILLA (2016).

<sup>26</sup> Dos buenas referencias son JOHNSON (2011), BRYNJOLFSSON, MCAFEE (2014).

<sup>27</sup> Las impresoras en tres dimensiones serán un buen instrumento de ayuda al desarrollo o los teléfonos móviles un buen instrumento al servicio de la salud, por ejemplo.

logías y lo mismo sucede en el universo fundacional<sup>28</sup>. Sin duda, una de las barreras más relevantes en relación con esta cuestión es la imposibilidad de aplicar deducciones de IVA o la inclusión del IVA en las donaciones, incluidas aquellas dirigidas a las propias AA.PP.<sup>29</sup>.

Desde otra perspectiva, la conectividad adquiere una relevancia especial. Me refiero a la capacidad de las fundaciones de conectarse entre ellas y con sus grupos de interés. El análisis de la realidad refleja que las grandes ideas transformadoras se apoyan en el conocimiento previo y/o compartido y en el establecimiento de conexiones entre quienes comparten ideas, procesos y objetivos. En este punto, alcanzan una relevancia especial los intercambios de ideas procedentes de disciplinas distintas. Vivimos en un mundo caracterizado por las conexiones en un contexto abierto y competitivo en el que la información se disemina, a bajo coste o a coste marginal prácticamente igual a cero<sup>30</sup>, a más velocidad y con mayor flexibilidad que en épocas anteriores.

Todas estas cuestiones son relevantes, pero tienen costes. El futuro exigirá más capital fijo y, también, más capital humano<sup>31</sup>. Justo lo mismo que ha sucedido en las revoluciones tecnológicas precedentes. Esto supone, por un lado, disponer de financiación suficiente<sup>32</sup>, y, por otro, que quienes trabajan en las fundaciones deberán responder a estos cambios para hacer frente al riesgo de perder su puesto de trabajo y/o de ver cómo se deterioran sus salarios reales. No se trata solamente de solidaridad. También está presente un problema de eficiencia y de asignación racional de los recursos. Los trabajadores de las organizaciones no lucrativas deberán hacer frente a los retos de una sociedad moderna, progresivamente acompañada por el progreso tecnológico, sobre la base de su esfuerzo que deberá tomar la forma de formación permanente y de adaptación continua a las exigencias de una nueva realidad tecnológica, aprovechando todas sus ventajas. Por cada trabajador no adaptado a las nuevas circunstancias otros competirán por su puesto de trabajo. No se trata de una cuestión nueva. Es la senda marcada por el progreso de la humanidad<sup>33</sup>. Un nuevo reto no muy distinto a los anteriores. En este con-

<sup>28</sup> Ver, por ejemplo, WORLD ECONOMIC FORUM (2017).

<sup>29</sup> Se trata de un problema europeo. Todos los intentos de resolver esta cuestión han fracasado. Los parlamentarios europeos, considerados en su conjunto, no están por la labor.

<sup>30</sup> Aunque no comparto plenamente sus ideas, resulta interesante el análisis de RIFKIN (2014).

<sup>31</sup> Sobre esta cuestión, ver, por ejemplo, MARTÍNEZ (2013). Con una visión más general puede verse REY (2007).

<sup>32</sup> No existe un estudio reciente sobre financiación de las fundaciones españolas. Existe, sin embargo, un interesante estudio realizado sobre la base de una muestra de fundaciones catalanas, impulsado por la Coordinadora Catalana de Fundacions (2012).

<sup>33</sup> Para reflexionar sobre estas cuestiones, una buena guía es DIAMOND ([1998] 2011).

texto, parece evidente que el colectivo con más riesgo es el que realiza un trabajo rutinario o no cualificado, más fácilmente sustituible por otro trabajador no cualificado o por un robot y, en consecuencia, más vulnerable ante el riesgo de reducción de sus ingresos. Esta realidad pone de relieve que si, por un lado, la globalización y el progreso tecnológico suponen una gran ventaja para los consumidores y para los trabajadores cualificados, también presenta un riesgo para todos aquellos ciudadanos que no respondan con eficiencia a los cambios que el propio desarrollo conlleva y exige. Pero, al mismo tiempo, exhiben una oportunidad que debe ser aprovechada<sup>34</sup>.

### **III. Un nuevo enfoque del sector fundacional**

Una buena forma de analizar el sector fundacional consiste en apoyarse, con las debidas adaptaciones y limitaciones, en el paradigma de la economía industrial<sup>35</sup> cuyos pilares, además de las condiciones estructurales por el lado de la oferta y la demanda y las políticas públicas, son la estructura, la conducta y los resultados alcanzados. Se trata de un instrumento para sistematizar el análisis y, si los datos lo permiten, establecer las pertinentes relaciones causales. Todo ello condicionado por un conjunto de condiciones exógenas, como la regulación, ya mencionada al hablar de la visión tradicional.

Un buen ejemplo del impacto de la regulación se pone de manifiesto examinando la antigüedad de las fundaciones. En efecto, de acuerdo con Rubio, Sosvilla (2016), el 70,65 por ciento de las fundaciones activas contabilizadas en el año 2014, tiene una antigüedad inferior a veinte años. Este hecho refleja que su constitución es posterior a la LF1994.

Dicha ley fomentó la creación de nuevas fundaciones: el 25,97 por ciento de las fundaciones registradas y no extinguidas se constituyen en los siete años que siguieron a la ley y el 44,68 por ciento desde el año 2003 hasta el año 2014, tras la promulgación de la LF2002. Dichos autores sostienen que la creación de nuevas funciones se acelera en el período 2003–2012. Las razones alegadas son la mencionada LF2002 y el nuevo marco de incentivos fiscales al mecenazgo y la participación social a lo que se añade la recuperación económica.

El objetivo de las fundaciones es la obtención de los mejores resultados —en términos de actividades y actuaciones de interés general—. La estima-

<sup>34</sup> Sobre la gestión de las fundaciones sigue siendo una buena referencia REY (2007).

<sup>35</sup> Ver, por ejemplo, SCHERER, ROSS (1990), CARLTON, PERLOFF (2005), PEPALL, RICHARDS, NORMAN (1999). El origen del paradigma de la Economía industrial —o de los mercados—, de acuerdo con SCHERER-ROSS (1990), se encuentra en MASON (1939, 1949). Otras aproximaciones son posibles; ver, por ejemplo, HANSMANN (1987).

ción de los resultados, el impacto de las actividades fundacionales y las expectativas<sup>36</sup> es difícil, por cuyo motivo, generalmente, se recurre a indicadores más relacionados con la demanda que con el uso eficiente de los recursos escasos de las fundaciones. Lamentablemente, los datos disponibles<sup>37</sup> no permiten abordar en toda su extensión el análisis necesario, pero la referencia sigue siendo válida como punto de partida.

### **1. La estructura del sector fundacional**

La estructura, en este caso del sector fundacional, debe tomar en consideración el número de fundaciones, sus características principales, las barreras de entrada, la diferenciación y diversificación de su oferta, expresada por las características de sus servicios (el bien o servicio ofrecido). También se refiere a las estructuras de costes. El análisis de estructura acostumbra a ser fundamentalmente descriptivo. Pretende exponer los elementos básicos que caracterizan el sector fundacional. Es decir, se refiere al conjunto de fundaciones y a la correspondiente oferta de bienes y servicios de interés general sin ánimo de lucro. La ausencia del ánimo de lucro reduce la capacidad del análisis cuantitativo por la dificultad de articular y homogeneizar los datos y la información que reflejan los resultados.

Las barreras de entrada en la actividad fundacional son, fundamentalmente, la dotación fundacional, la lentitud e inseguridad administrativas y la obligación de asignar los resultados de dicha dotación a fines de interés general. Fácilmente puede comprobarse que, en muchos casos, no se trata de barreras significativas<sup>38</sup>. En consecuencia, puede sostenerse que el ejercicio del derecho constitucional a fundar puede llevarse a cabo sin excesivas dificultades.

---

<sup>36</sup> AEF/INAEF llevan a cabo un informe trimestral de coyuntura bautizado como Indicador de Actividad Fundacional. Este indicador recoge las opiniones de directores y gerentes de fundaciones sobre la marcha de la actividad en el trimestre anterior y las expectativas para el trimestre siguiente. Para su consulta, ver <http://www.fundaciones.org/>.

<sup>37</sup> La opacidad todavía es una característica de muchas fundaciones. Afortunadamente, se avanza por el camino que conduce a la transparencia. El acceso libre al Registro (o Registros) de Fundaciones derribará los muros que todavía custodian la opacidad de muchas cuentas fundacionales.

<sup>38</sup> En otros casos pueden serlo. Con una inversión inicial reducida, los rendimientos de la misma dirigidos a las actividades fundacionales también serán necesariamente reducidos. En este caso, las fundaciones deberán acudir a la busca de ayudas del sector público o privado. Sobre esta cuestión cabe plantearse si las subvenciones públicas fomentan las donaciones o las desincentivan. Ver, por ejemplo, BROOKS (2000).

En el caso de las fundaciones, la escasez e insuficiencia de datos obliga a basarse en los que ofrece la AEF a través del INAEF<sup>39</sup> (en adelante AEF/INAEF), única fuente que incluye una información amplia y diversificada sobre el sector fundacional y que, además, cubre un prolongado espacio de tiempo<sup>40</sup>.

En relación con el número de fundaciones, tres grandes referencias informan sobre la estructura del sector: Fundaciones activas registradas, Fundaciones activas efectivas (FAE) y Fundaciones activas efectivas con empleo (FAEE). Las Fundaciones activas registradas incluyen todas aquellas fundaciones registradas, y no extinguidas en el año, que muestran algún tipo de actividad. Tras un proceso de depuración de los datos se ha estimado el número de FAE; es decir, aquéllas que exhiben «algún tipo de actividad real en función de su objeto social y que no se encuentran en estado latente». Por último, las FAEE son aquéllas que declaran asalariados, de acuerdo con los datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MESS). A los efectos del presente trabajo las FAE serán la referencia para el análisis<sup>41</sup>.

Los datos correspondientes a las FAE y FAEE exhiben, por un lado, la relevancia del sector fundacional español y, por otro, los efectos del impacto de la crisis económica sobre su número (Cuadro 1). La comparación entre las cifras correspondientes a los ejercicios 2008 y 2014 revela que el número de FAE se ha reducido en 728 unidades y el de FAEE en 1098 unidades. Son cifras elevadas pero la consideración de la actividad de las fundaciones muestra que el impacto sobre la misma no ha sido relevante pues nuevas fundaciones y mejoras en la gestión han tomado el relevo.

En relación con la iniciativa de fundar (Cuadro 2), la información de la AEF/INAEF, en contra de la creencia habitual, revela la importancia creciente de las personas físicas en relación con las personas jurídicas. En efecto, en el año 2014, el porcentaje de las FAE españolas impulsadas por personas físicas representaba el 71,2 por ciento del total frente al 28,8 por ciento restante que correspondía a las fundaciones impulsadas por personas jurídicas.

---

<sup>39</sup> El INAEF, actualmente, recibe el apoyo de 26 Fundaciones asociadas a la AEF.

<sup>40</sup> Algunos datos están obtenidos por inferencia estadística, de forma indirecta o mediante encuesta. En consecuencia, deberán ser revisados cuando el Registro de Fundaciones de competencia estatal, dependiente del Ministerio de Justicia, y otros Registros, sean plenamente accesibles. Los datos utilizados han sido recogidos e interpretados en RUBIO, SOSVILLA (2016). En la publicación se ofrecen las correspondientes notas metodológicas que informan sobre el proceso de obtención de la información y su tratamiento. Los datos avanzados correspondientes a los años 2013 y 2014 deben tomarse con cautela a la espera de los datos definitivos.

<sup>41</sup> Las fundaciones pueden llevar a cabo sus actividades sin personal asalariado, con la ayuda de voluntarios.

**CUADRO 1**  
**Fundaciones activas. 2008-2014. Número**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013 (A)	2014 (A)
Fundaciones activas registradas	13.334	13.731	13.981	13.531	13.797	13.963	14.120
Fundaciones activas efectivas	9.594	9.823	9.545	9.126	8.744	8.767	8.866
Fundaciones activas efectivas con empleo	6.597	6.131	5.698	5.621	5.508	5.523	5.499

Nota: (A) avance.

Fuente: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de la base de datos de AEF/INAEF y del MESS.

**CUADRO 2**  
**Fundadores de las FAE españolas. 2008-2014. Porcentajes**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013 (A)	2014 (A)
Personas jurídicas	31,56	30,90	30,44	29,97	29,61	29,21	28,78
Personas físicas	68,44	69,10	69,56	70,03	70,39	70,79	71,22

Nota: (A) = Avance.

Fuente: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de AEF/INAEF.

Los datos (Cuadro 3) también informan acerca de la mayor importancia de la iniciativa privada (65,9 por ciento de las FAE fundadas por personas jurídicas en el año 2014) frente a la iniciativa pública (34,1 por ciento). Porcentajes similares reflejan lo ocurrido en el período considerado. En este contexto destaca el hecho de que las Comunidades autónomas (CC.AA.) y las entidades locales han mostrado una gran actividad en el proceso de creación de fundaciones. En efecto, en el año 2014 representaban el 42,3 y el 31,7 por ciento de las fundaciones de carácter público. Las fundaciones impulsadas por la Administración General del Estado representaban el 15,2 por ciento. El resto corresponde a entidades educativas y de ámbito provincial.

Respecto a la dimensión de las FAE, los datos revelan que el 41,2 por ciento de las fundaciones eran de pequeña dimensión en el año 2013, con ingresos comprendidos entre los 30.000 y los 500.000 euros. Siguen en importancia relativa las fundaciones con ingresos en dicho año inferiores a los 30.000 euros, susceptibles de ser calificadas como microfundaciones (20,3 por ciento). Su peso relativo se ha ido reduciendo con el paso del tiempo. Posi-

**CUADRO 3**  
**Personas jurídicas fundadoras de las FAE españolas.**  
**Tipología y Porcentajes. 2014**

Personas Jurídicas Pùblicas (34,1%)	1. Administración General del Estado.	15,23
	2. Comunidades Autónomas.	42,27
	3. Entidades Educativas.	8,17
	4. Entidades Locales.	31,68
	5. Entidades Provinciales.	2,65
Personas Jurídicas Privadas (65,9%)	6. Asociaciones	37,82
	7. Cajas de Ahorros	7,32
	8. Colegios Profesionales	2,73
	9. Entidades Educativas	2,77
	10. Fundaciones	15,82
	11. Iglesias y entidades religiosas	7,45
	12. Partidos Políticos	0,64
	13. Sindicatos	3,32
	14. Sociedades mercantiles	22,14

Fuente: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de AEF/INAEF.

blemente, la crisis económica, la tendencia de las fundaciones de mayor tamaño a ser cada vez más operativas y la reducción de ayudas públicas y privadas explican dicha caída. Se han calificado como fundaciones medianas aquéllas que registran unos ingresos superiores a los 500.000 euros con un máximo de 2.500.000 euros. Dichas fundaciones representan el 18,3 por ciento del total. Como grandes fundaciones (14,9 por ciento) se consideran aquellas cuyos ingresos han sido superiores a los 2.500.000 euros con un límite superior de 10.000.000 de euros. Las fundaciones con ingresos superiores a dicha cifra hasta un máximo de 50.000.000 de euros se han calificado como muy grandes. Y, por último, en el grupo de macrofundaciones se incluyen aquéllas cuyos ingresos son superiores a los 50.000.000 de euros (1,4 por ciento). De hecho, la estructura por tamaños de las fundaciones es un reflejo de la estructura empresarial española donde también las pequeñas y medianas empresas son las más numerosas en número, con las ventajas y problemas que ello conlleva.

En términos generales, el cuadro 4 refleja una evolución lógica: pérdida de peso relativa de las mini fundaciones y aumento de la importancia relativa del

**CUADRO 4**  
Tamaño de las FAE. 2008-2013. Porcentajes

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Inferior o igual a 30.000 €	35,75	21,58	22,27	22,75	20,52	20,33
30.000-100.000	8,45	8,09	12,40	14,87	10,32	14,46
100.000-500.000	25,57	32,59	30,51	31,51	31,38	26,70
500.000-1.000.000	7,70	10,21	9,50	8,31	8,20	8,74
1.000.000-2.500.000	7,46	9,68	8,51	8,18	9,22	9,58
2.500.000-5.000.000	6,14	8,24	7,37	6,00	8,20	8,45
5.000.000-10.000.000	5,78	5,62	5,39	5,11	7,38	6,48
10.000.000-25.000.000	2,01	2,38	2,51	1,99	3,00	2,90
25.000.000-50.000.000	0,69	0,91	0,91	0,46	0,73	0,96
Superior a 50.000.000	0,45	0,69	0,62	0,82	1,05	1,40

Fuente: Datos proporcionados por S. Sosvilla.

resto, mereciendo una atención especial, por su particular relevancia, el aumento de la participación relativa de las fundaciones de mayor dimensión.

La comparación internacional tiene sentido, a pesar de que los datos no sean coincidentes ni comparables con los procedentes de AEF/INAEF<sup>42</sup>. En el trabajo realizado por el Observatoire de la Fondation de France/CERPhi (2015), sobre la base de datos distintos<sup>43</sup> a los empleados por AEF/INAEF, se pone de manifiesto que España tiene una baja densidad de fundaciones en relación con su población. En efecto, de acuerdo con los datos suministrados por el Observatoire, el número de fundaciones por 100.000 habitantes es de 30 en España frente a las 162 de Suiza, 144 de Suecia, 45 de Holanda o 41 de Polonia. En relación con los activos, estimados en millones (M) de euros, los correspondientes a España se estiman en 23.900 Meuros, siendo los estimados para Italia, Holanda, Alemania, Suiza y Reino Unido, por ejemplo, de 90.000<sup>44</sup>, 80.000, 70.000, 58.000, y 52.860 Meuros, respectivamente.

<sup>42</sup> Dada la heterogeneidad de los datos, la información debe tomarse con cautela. Interesa, tan sólo, el orden y la comparación entre grandes magnitudes. Los datos de AEF/INAEF son más fiables.

<sup>43</sup> El Observatoire reconoce que todavía no están estandarizados. Sirven, pues como referencia general pero no para ser utilizados con la precisión necesaria para trabajos más complejos que el presente.

<sup>44</sup> El caso italiano recoge los efectos de las concentraciones bancarias.

De acuerdo con las estimaciones del Observatoire, los gastos en Meuros de Alemania, Italia, España, Francia, Holanda y Reino Unido ascendieron a 17.000, 9.950, 8.520, 7.454, 6000 y 2.800, respectivamente. En todo caso, la proporción del gasto de las fundaciones en relación con el PIB fue del 0,94 por ciento (Holanda), 0,81 por ciento (España), 0,62 por ciento (Alemania), 0,61 por ciento (Italia) o 0,36 por ciento (Francia). Estos datos revelan el particular esfuerzo altruista de la población española.

La voluntad de resolver problemas y de desarrollar actividades de interés general, junto con la huida del derecho administrativo, han fomentado la creación de fundaciones públicas. La creciente participación de los entes locales y de las CC.AA. en la vida económica está en el origen del recurso a la forma jurídica de fundación. De acuerdo con los datos de Rubio/Sosvilla (2016) correspondientes al año 2014, el ámbito territorial de actuación de las FAE era, principalmente, autonómico: un 38,9 por ciento de las fundaciones tenían este límite territorial de actuación. Le seguían en importancia las de ámbito estatal (23,71 por ciento) y local (18,3 por ciento). También las comarcas (2,1 por ciento) y las provincias (4,5 por ciento) impulsan fundaciones para resolver determinados asuntos relacionados con sus territorios respectivos. Sorprende, en todo caso, que en un contexto económico progresivamente globalizado sólo el 12,2 por ciento de las fundaciones tenga un ámbito de actuación internacional. Estos datos reflejan el quehacer de las fundaciones, de acuerdo con su tamaño, y que, en general, se prefiere la solución de problemas cercanos a la solución de problemas globalizados.

Otro elemento de la estructura del sector fundacional se refiere al bien o servicio ofrecido. La limitación de los datos conduce a la consideración de las áreas de actividad principal como referencia. Los datos figuran en el cuadro 5. La clasificación utilizada<sup>45</sup> no es la mejor posible pero sirve como primera aproximación. Del examen del cuadro se concluye que las actividades declaradas como más relevantes<sup>46</sup> por el sector fundacional son: la cultura-recreo, la educación-investigación, el medio ambiente y los servicios sociales. El 79,3 por ciento de las FAE tenían estas actividades como referencia principal en el año 2014, distribución que, con pequeñas variaciones, se mantiene a lo largo del período 2008-2014.

<sup>45</sup> Responde a la International Classification of Nonprofit Organization (CNPO).

<sup>46</sup> Actividad principal. En ocasiones se han tomado en consideración un número superior de áreas de actividad. La falta de información sobre la ponderación de las cifras ha conducido a elegir la actividad principal como referencia.

**CUADRO 5**  
**Áreas de actividad de las FAE españolas. 2008-2014. Porcentajes**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013 (A)	2014 (A)
Asesoramiento	0,13	0,12	0,09	0,09	0,09	0,09	0,09
Religión	0,81	0,79	0,77	0,74	0,74	0,74	0,77
Asociaciones Empresariales	2,40	2,43	2,48	2,49	2,51	2,56	2,59
Actividades Internacionales	4,53	4,74	4,89	4,78	4,77	4,73	4,57
Sanidad	4,71	4,76	4,83	4,95	4,99	5,03	5,18
Desarrollo-Vivienda	6,86	7,19	7,36	7,39	7,49	7,34	7,32
Servicios Sociales	9,16	9	8,83	8,77	8,79	8,80	8,81
Medio Ambiente	10,15	9,94	10,09	10,12	10,07	10,20	10,36
Educación-Investigación	21,28	21,37	21,59	21,69	21,68	21,64	21,56
Cultura-recreo	39,98	39,67	39,18	39,09	38,96	38,92	38,63

Nota: (A) = Avance.

Fuente: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de AEF/INAEF.

## 2. *La conducta del sector fundacional*

Si de empresas se tratara, el análisis de la conducta haría referencia a cuestiones como la competencia en precios, las estrategias empresariales, las inversiones o los gastos en I+D, por ejemplo. De momento, este ejercicio no puede hacerse con el debido rigor en el caso de las fundaciones españolas debido a la falta de datos<sup>47</sup>. Con el fin de iniciar el análisis de la conducta de las fundaciones, en el presente contexto se tomará como referencia el uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones cuya relevancia se ha subrayado en el apartado 1.2.

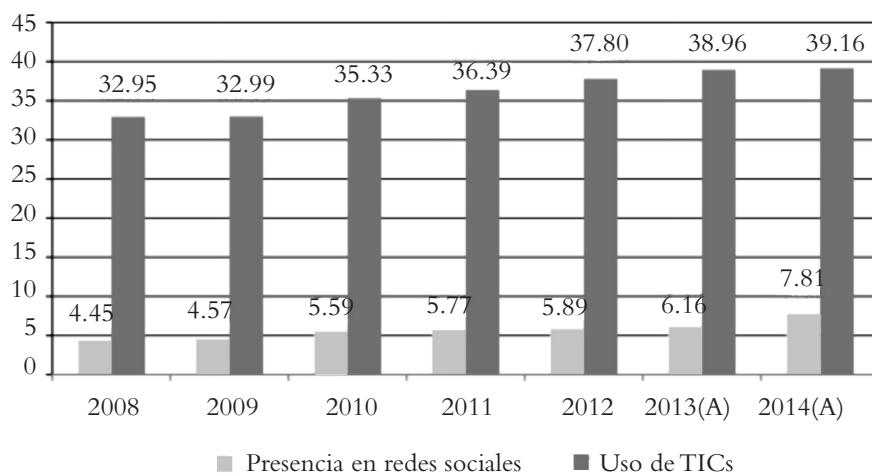
La primera cuestión que debe ser destacada es la lenta adopción por parte de las fundaciones españolas de aquellos instrumentos básicos necesarios para la difusión de sus actividades, conocimientos y el fomento de la cone-

---

<sup>47</sup> El análisis de REY-GARCÍA, ÁLVAREZ-GONZÁLEZ (2015) contiene datos de interés, pero no aborda el fondo del problema: los resultados de las inversiones en I + D. Una cuestión atribuible a los diseñadores del estudio de la Comisión Europea pero que debilita el análisis.

tividad. Sólo el 39,2 por ciento de las FAE disponía de página *web* propia a finales del año 2004 si bien es cierto que la proporción va aumentando con el paso del tiempo. La razón alegada es, fundamentalmente, la insuficiencia de recursos. Lo mismo puede decirse de la presencia de las fundaciones en las redes sociales: sólo el 7,8 por ciento de las FAE participaban en las redes sociales, aunque dicha participación muestra también, una tendencia creciente (gráfico 1)

GRÁFICO 1  
Uso de las TICs y presencia en redes sociales. FAE. Porcentajes



Nota: (A) = Avance.

Fuente: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de AEF/INADEF.

### 3. Resultados

A falta de datos sobre las cifras de los balances y cuentas de resultados de las fundaciones españolas, se hará referencia a tres indicadores de resultados: los beneficiarios, los ocupados y los donantes. El primero de los indicadores de los resultados alcanzados por la actividad fundacional es el número de beneficiarios<sup>48</sup>. Los datos manejados son meramente orientativos y, en estos

<sup>48</sup> Este dato es solicitado por los Protectorados. Su característica principal es su heterogeneidad: becas individuales, asistentes a una exposición, un concierto o una obra de teatro, visitas a bibliotecas, asistentes a cursos o conferencias presenciales u *online*, ingresados hospi-

momentos, válidos solamente como tendencia pues, además de ser estimados por las fundaciones, se incurre en el riesgo de contabilización repetida. No se trata de personas beneficiarias sino de ocasiones estimadas en que las personas han sacado provecho de alguna actividad fundacional<sup>49</sup>.

Los datos del cuadro 6 revelan una inequívoca tendencia creciente: desde 17,8 millones de beneficiarios en el año 2008 hasta 35,6 millones en el año 2014, duplicándose su número. El buen hacer de las fundaciones y el impacto de la crisis económica han contribuido a dicho aumento y, también, a reducir el gasto público que, de no existir las fundaciones, debería incrementarse para atender necesidades sociales ineludibles.

CUADRO 6  
Beneficiarios netos de las FAE. 2008–2014. Millones de personas

	2008	2009	2010	2011	2012	2013 (A)	2014 (A)
Beneficiarios netos	17,80	23,20	28,62	31,37	29,68	32,65	35,62

Nota: (A) = Avance.

Fuente: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de AEF/INAEF.

La segunda variable a considerar en este apartado se refiere a los recursos humanos. Tomando en consideración los datos del MESS y la base de datos AEF/INAEF, puede sostenerse que, en el año 2014, las FAEE ocupaban a 213.683 personas<sup>50</sup>. Dado que el número de FAEE era de 5.499 resulta que la ocupación media era de 38,86 personas<sup>51</sup>. A la cifra de empleados debe sumarse los 10.312 empleos indirectos más 75.563 patronos y 121.443 voluntarios, ambos sin remuneración.

En relación con la participación del sector fundacional en el empleo total puede sostenerse que refleja una tendencia creciente desde el año 1976

---

talarios, por ejemplo. Es justamente dicha heterogeneidad el hecho que limita su uso como referencia en un análisis de resultados.

<sup>49</sup> Un ejemplo significativo: en el análisis por CC.AA., resulta que la cifra de beneficiarios netos por habitante es de 1,82 en el caso de Cataluña, 0,97 en el caso de Navarra ó 0,94 en el del País Vasco.

<sup>50</sup> La cifra máxima de empleados fue de 217.623 personas en el año 2010.

<sup>51</sup> Esta cifra contrasta con el minifundismo fundacional y, al mismo tiempo, revela que en el colectivo fundacional se incluyen fundaciones con un número elevado de empleados (sanidad, educación, por ejemplo).

(0,47 por ciento) hasta el año 2011 (1,15 por ciento) con una inflexión en el año 2012 (1,14 por ciento)<sup>52</sup>. Este hecho es el reflejo de la expansión de la actividad fundacional y de su mayor resistencia ante el impacto de la crisis económica<sup>53</sup>. También es expresión de la modernización de la sociedad española que confía, progresivamente, la resolución de sus problemas a las fundaciones creadas a tal fin. Todo parece indicar que la tendencia continuará y que la presencia de las fundaciones en el tejido español será cada vez más efectivo e influyente. El impulso o la tendencia dependerá en buena medida de la regulación y ésta de la demanda social en un proceso retroalimentado.

Anteriormente se hizo referencia al minifundismo en la estructura de las FAE españolas tomando como referencia sus ingresos anuales. Este hecho se refleja, también, en la ocupación cuando se considera el empleo directo por estructura de plantillas (cuadro 7). Lo relevante de la evolución del empleo

CUADRO 7  
FAE por estructura de plantilla (intervalos de plantillas). 2008-2014.  
Porcentajes

	2008	2009	2010	2011	2012	2013 (A)	2014 (A)
0 trabajadores	31,24	37,59	40,30	38,41	37,00	37,00	37,97
De 1 a 5	30,02	23,59	18,66	21,14	16,90	19,93	18,21
De 6 a 10	10,16	8,20	7,46	11,95	11,27	10,34	9,17
De 11 a 15	4,84	4,25	4,29	2,76	1,53	2,27	2,48
De 16 a 20	3,85	3,95	2,61	2,76	5,63	4,13	4,74
Más 20	19,89	22,44	26,68	22,98	27,66	26,33	27,43

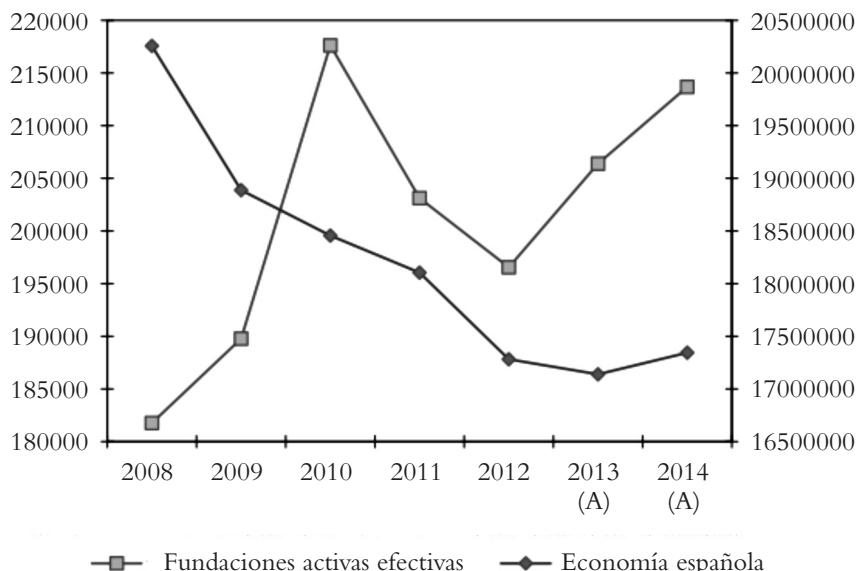
Nota: (A) = Avance.

Fuente: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de AEF/INAEF y del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

<sup>52</sup> Ver RUBIO, SOSVILLA, GALINDO (2013, p. 17).

<sup>53</sup> De acuerdo con RUBIO, SOSVILLA, GALINDO (2013, p. 29) los datos «respaldan el comportamiento virtuoso del sector fundacional en términos de creación o mantenimiento de la ocupación». En efecto, por regla general, el sector fundacional es creador de ocupación tanto en fases recesivas como expansivas, «en contraste con el resto de sectores que destruirían puestos de trabajo en las fases bajistas».

GRÁFICO 2  
Evolución del empleo en el sector fundacional y en el total  
de la economía española. 2008-2014



Notas: Escala izquierda para el empleo de las fundaciones y escala derecha para el empleo total de la economía española.

(A) = Avance.

Fuentes: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de AEF/INAEF y del MESS (Muestra Continua de Vidas Laborales Sin Datos Fiscales) e INE (Encuesta de Población Activa).

en el sector fundacional es que ha resistido el impacto de la crisis mucho mejor que el conjunto de la economía española (Gráfico 2)<sup>54</sup>.

El tercer indicador se refiere al número de donantes: ciudadanos y empresas. AEF/INAEF impulsaron un estudio sobre el perfil del donante<sup>55</sup>. Los datos se exhiben en el cuadro 8 y 9.

<sup>54</sup> DURÁN (2010) sostiene que «Un hecho significativo es que, aunque las entidades de la Economía Social nos hemos salido ilesos ante la crisis ... hemos demostrado ser más resistentes, sobre todo, en términos de empleo».

<sup>55</sup> RUBIO, SOSVILLA, MÉNDEZ (2015, pp. 18-20, 26). Los datos proceden de las fuentes tributarias. Debe subrayarse que, lógicamente, las donaciones reales son superiores a las donaciones comunicadas a efectos fiscales. Para los autores, una donación se define como «una acción premeditada y racional que una persona física o entidad decide realizar a favor de una causa de manera puntual o periódica que consiste en la transmisión de capacidad financiera para hacer frente a los objetivos fundacionales de interés general de una ESFL» (entidad sin fin de lucro).

**CUADRO 8**  
**Estadística de declarantes del IRPF. 2002-2010. Euros**

	Número	Donación media
2002		169,51
2003		175,55
2004		183,84
2005	1794516	183,87
2006	1932333	193,95
2007	2015860	198,69
2008	2177631	202,16
2009	2333870	201,29
2010	2521097	150,45

Fuente: Rubio, J. J., Sosvilla, Méndez (2015).

**CUADRO 9**  
**Estadística de declarantes de deducciones del Impuesto de Sociedades  
por donación. 2004-2010. Euros**

	Declarantes	Donación media
2004	3673	63.935
2005	4823	54.499
2006	6001	57.560
2007	6787	74.279
2008	6511	40.660
2009	6435	47.198
2010	7114	41.732

Fuente: Rubio, Sosvilla, Méndez (2015).

Volviendo a los datos de Observatoire de la Fondation de France/CERPhi (2015) puede decirse que la proporción de donantes sobre la población en España es del 19 por ciento, lejos de los porcentajes correspondientes a Holanda (85 por ciento), Polonia y Suiza (70 por ciento) o Suecia (64 por

ciento). Las donaciones individuales en porcentaje del PIB en España suponen el 0,5 por ciento, en claro contraste con el Reino Unido (0,56 por ciento), Holanda (0,29 por ciento), Italia (0,16 por ciento), o Alemania (0,15 por ciento). Sin embargo, si la donación media se estima en relación con el PIB *per capita*, los ciudadanos más generosos son los del Reino Unido (1,26 por ciento) seguidos de los franceses (1,25 por ciento) y los españoles (0,73 por ciento).

Los datos exhiben una tendencia creciente en el número de donantes, expresión del aumento del sentimiento solidario en la sociedad española. En relación con los donantes individuales la donación media en el período 2002-2010 fue de 184,37 euros. Por su parte, la donación media por parte de las personas jurídicas, en el período 2004-2010, fue de 54.266 euros. En ambos casos se registró el impacto de la crisis traducido en una reducción de la donación media a partir del año 2008<sup>56</sup>.

#### IV. Datos macroeconómicos<sup>57</sup>

Las principales macromagnitudes correspondientes a las FAE se reflejan en el cuadro 10.

Los datos revelan que el valor de la dotación fundacional del conjunto de las FAE ascendía a 7.466 millones de euros en el año 2014, cifra algo inferior a la correspondiente a los años 2009, 2010 y 2011. Siguiendo la recuperación de la economía española, se registra un cambio de tendencia a partir del año 2012. Nuevas fundaciones relevantes y un mejor comportamiento de los mercados financieros explican esta mejora. Una evolución similar siguen el resto de partidas, destacando la reducción de los ingresos totales que, a partir del año 2010, se sitúan por debajo de los gastos. Este hecho, no exento de riesgos, ha permitido que las fundaciones no redujeran de forma significativa su nivel de actividad. Las fundaciones han hecho de la crisis una oportunidad. En efecto, las dificultades se han traducido en un

<sup>56</sup> La donación media en España es inferior a la de los países de nuestro entorno. En este contexto cobra valor el fomento de la filantropía por parte de la AEF y, en particular, el impulso dado al micromecenazgo que ha tenido su traducción en la oportuna modificación normativa. Pronto se conocerán los resultados del cambio de la regulación fiscal del micromecenazgo.

<sup>57</sup> Los datos empleados no incluyen los correspondientes a las Fundaciones bancarias adscritas al Ministerio de Economía, Comercio y Competitividad pues su relevancia y naturaleza distorsionarían la interpretación de los datos correspondientes a las fundaciones tradicionales.

CUADRO 10  
Datos económicos de las FAE. 2009-2014. Millones de euros

	2009	2010	2011	2012	2013 (A)	2014 (A)
Dotación Fundacional	7.810	7.611	7.603	7.404	7.425	7.466
Activos	23.900	22.828	22.750	20.686	20.947	21.469
Ingresos Totales	9.550	7.564	7.663	7.373	7.347	73,98
Gastos Totales	8.520	8.180	8.295	7.939	7.982	8.066

Nota: (A) = Avance.

Fuente: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de AEF/INAEF y del INE (Contabilidad Nacional de España).

notable esfuerzo de racionalización de su estructura y conducta, preludio de mejores resultados en los próximos años.

En el mencionado trabajo de Rubio y Sosvilla (2016) se estiman las macromagnitudes fundamentales del sector fundacional español a partir de los datos del cuadro anterior y de la Contabilidad Nacional de España del Instituto Nacional de Estadística.

Los resultados obtenidos revelan que el valor añadido bruto<sup>58</sup> a precios básicos correspondiente al año 2014 ascendió a 3.089 millones de euros, distribuidos como sigue: 2.667 millones de euros correspondieron a la remuneración de los asalariados<sup>59</sup> y 422 millones al excedente bruto de explotación (Cuadro 11).

Estos datos ponen de relieve el peso de las fundaciones en la economía española. Puede sorprender el nivel del salario medio pero dos explicaciones justifican que se sitúe, en el año 2014, en 12.481 euros. Por un lado, una buena parte del trabajo se lleva a cabo a tiempo parcial y, por otro, aunque en el colectivo que trabaja en las fundaciones se registran muchas personas cualificadas, también colaboran personas con baja cualificación que, fruto de su altruismo, llevan a cabo su actividad a cambio de un salario reducido.

Una cuestión relevante se refiere a la procedencia de los ingresos de las fundaciones. La primera gran división debe referirse a las fuentes pública y privada. Pero las fundaciones también obtienen ingresos procedentes, por un

---

<sup>58</sup> Suma de la remuneración de los asalariados más el excedente bruto de explotación.

<sup>59</sup> Incluye los sueldos y salarios brutos y las cotizaciones patronales a la Seguridad social.

**CUADRO 11**  
**FAE. Macromagnitudes del sector fundacional. 2008-2014**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013 (A)	2014 (A)
Valor Añadido Bruto	3.112	3.023	3.046	3.077	3.058	3.075	3.089
Remuneración de asalariados	2.743	2.659	2.669	2.674	2.619	2.654	2.667
Excedente bruto de explotación	369	364	377	403	439	421	422
Remuneración media por contrato	15.091	14.011	12.264	13.162	13.326	12.860	12.481

Notas: i) Valor Añadido Bruto, remuneración de asalariados y excedente de explotación bruto, en millones de euros.

ii) Remuneración media por contrato, en euros.

iii) El excedente bruto de explotación incluye dotaciones para amortización de capital y otras rentas.

(A) = Avance.

Fuentes: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de AEF/INAEF (2016), datos de la Muestra continua de vidas laborales sin datos fiscales, e INE (Contabilidad Nacional de España).

lado, de las prestaciones de servicios y rendimientos de su patrimonio, y, por otro, de donaciones y subvenciones.

El cuadro 12 refleja el origen de los ingresos de las FAE según sea público, privado o resultado de la gestión financiera de sus activos. Los datos, de nuevo, ponen de manifiesto que el principal origen de los ingresos de las fundaciones es privado. Los recursos de procedencia pública representan el 15,5 por ciento en un contexto paulatinamente decreciente<sup>60</sup>. Más concretamente, el cuadro 13 refleja que las donaciones y subvenciones son la principal fuente de ingresos de las fundaciones, seguidas de la venta de bienes y

---

<sup>60</sup> Este hecho ha tenido un fuerte impacto en las fundaciones expuestas a la dependencia de la colaboración pública. Incluso, algunas fundaciones se han visto obligadas a cesar sus actividades. En contrapartida, las fundaciones bien gestionadas y no dependientes de las ayudas públicas han conseguido superar los efectos de la crisis, aunque ésta haya podido afectar negativamente al valor real de su patrimonio.

prestación de servicios. El reducido número de fundaciones patrimoniales relevantes explica que, tan sólo, el 9,7 por ciento de sus ingresos proceda de los rendimientos de su patrimonio, por otra parte claramente dependiente del comportamiento de los mercados financieros.

**CUADRO 12**  
FAE. Fuentes de ingresos. 2008-2014. Porcentajes

	2008	2009	2010	2011	2012	2013 (A)	2014 (A)
Públicas	16,37	16,06	15,92	15,82	15,70	15,62	15,53
Privadas	73,11	73,54	73,42	73,55	73,67	73,74	73,81
Financieras	10,52	10,40	10,66	10,63	10,63	10,64	10,66

Nota: (A) = Avance.

Fuente: Rubio/Sosvilla (2016), a partir de AEF/INAEF.

**CUADRO 13**  
Fuentes de ingresos de las FAE. 2008-2014. Porcentajes

	2008	2009	2010	2011	2012	2013 (A)	2014 (A)
Donaciones y subvenciones	55,28	55,12	55,09	55,10	55,09	55,09	54,11
Prestación de servicios y venta de bienes	34,21	34,48	34,25	34,26	34,28	34,25	36,15
Rendimientos de Patrimonio	10,51	10,40	10,66	10,64	10,63	10,66	9,74

Nota: (A) = Avance

Fuente: Rubio/Sosvilla 2016, a partir de AEF/INAEF.

Cuando Rubio, Sosvilla, Galindo (2013, p. 30) analizan el comportamiento cíclico de la producción, el empleo total y el empleo fundacional mediante el análisis de correlación, concluyen que «el componente cíclico del empleo total es mucho más volátil que el de la producción real (1,52 veces), siendo fuertemente procíclico (una correlación de 0,9573) y sincrónico (la máxima

correlación se da contemporáneamente), en tanto que el componente cíclico del empleo en el sector fundacional, siendo más volátil que el de la producción real (1,21 veces), registra fluctuaciones menores que el del empleo total (es aproximadamente una cuarta parte de la volatilidad del empleo total), siendo débilmente procíclico (una correlación de 0,3416) y sincrónica». En este punto los autores citados consideran que cabe la posibilidad de que los resultados citados se deben a que las actividades fundacionales «se vean afectados en menor medida, o se pueden defender mejor, en momentos de crisis».

Rubio, Sosvilla, Galindo (2013) también analizan el comportamiento cíclico de las contribuciones al empleo por parte del sector fundacional. El método adoptado se basa en el procedimiento propuesto por E. A. Learner con el fin de descomponer la contribución del sector fundacional al crecimiento del empleo agregado. Con ello se pretende distinguir entre contribuciones «normales» y «extraordinarias». Con este procedimiento se pretende «arrojar luz sobre el posible carácter “virtuoso” del sector en contextos alcistas o bajistas del ciclo económico»: contribuyendo a reducir el impacto negativo en la fase recesiva del ciclo y de estimular su efecto positivo en la fase expansiva.

La conclusión alcanzada por los autores es potente: el sector fundacional presenta un comportamiento virtuoso. Sus contribuciones extraordinarias en relación con las ordinarias «presentan un comportamiento menos volátil que el componente cíclico del crecimiento del empleo total en relación a (sic) su componente tendencial, coadyuvando a relanzar la ocupación en los episodios alcistas y a limitar la destrucción de empleo durante los episodios bajistas».

## V. Conclusiones

El presente trabajo es un ensayo. Se trata de un ejercicio apoyado en una base metodológica potente pero todavía es un ejercicio incompleto, acaso imperfecto. Los principios iluminadores de la plataforma sobre la que se asienta la economía industrial exigen para su desarrollo disponer de criterios y de datos potentes y fiables. Cuando los datos estén disponibles se podrá analizar la estructura, conducta y resultados del sector fundacional, con las correspondientes relaciones causales y efectos de retroalimentación. Se confía en la libre disposición de la información contenida en los Registros de Fundaciones para avanzar en el conocimiento del sector fundacional, clave en la resolución de cuestiones diversas relacionadas con el interés social.

Se ha llevado a cabo un primer intento de análisis. Dada la escasez de datos, se han utilizado, sobre todo, aquellos disponibles en AEF/INAEF, utilizados, tras las oportunas elaboraciones, por un equipo universitario cuyos principales actores han sido los profesores Rubio, Sosvilla, Galindo y Méndez. No hay mucho más, pero habrá más información a corto plazo. Con nueva información procedente de Registros oficiales se revisarán los datos empleados hasta el presente y se abrirán las puertas a nuevos ejercicios, metodológicamente más potentes. Con nuevos datos, se podrá proceder, también, a desarrollar estudios sectoriales. Ejercicios necesarios para conocer todo cuanto de interés económico acontece en el sector fundacional.

Las fundaciones españolas han recorrido el camino de la maduración y la profesionalización. Pese a ello son poco conocidas. Con el fin de contribuir a su mejor conocimiento se ha ofrecido información descriptiva inscrita en un esquema analítico no empleado hasta ahora. Se ha hecho referencia a los escasos estudios econométricos, apoyados en AEF/INAEF, que permitan sostener que, entre otras cuestiones, el sector fundacional en materia de empleo se ajusta mucho más rápidamente que el conjunto de la economía. Sobre la base de este resultado puede sostenerse que el sector fundacional desempeña un factor estabilizador en el mercado de trabajo. Conclusión importante que deberá ser corroborada por estudios posteriores. También se ha puesto de relieve que las desgravaciones fiscales son una buena inversión por parte de las AA.PP.

De momento, se ha demostrado que el esquema desarrollado por la Economía industrial o de los mercados es potente, permite superar el análisis meramente descriptivo y abre la puerta a nuevos estudios.

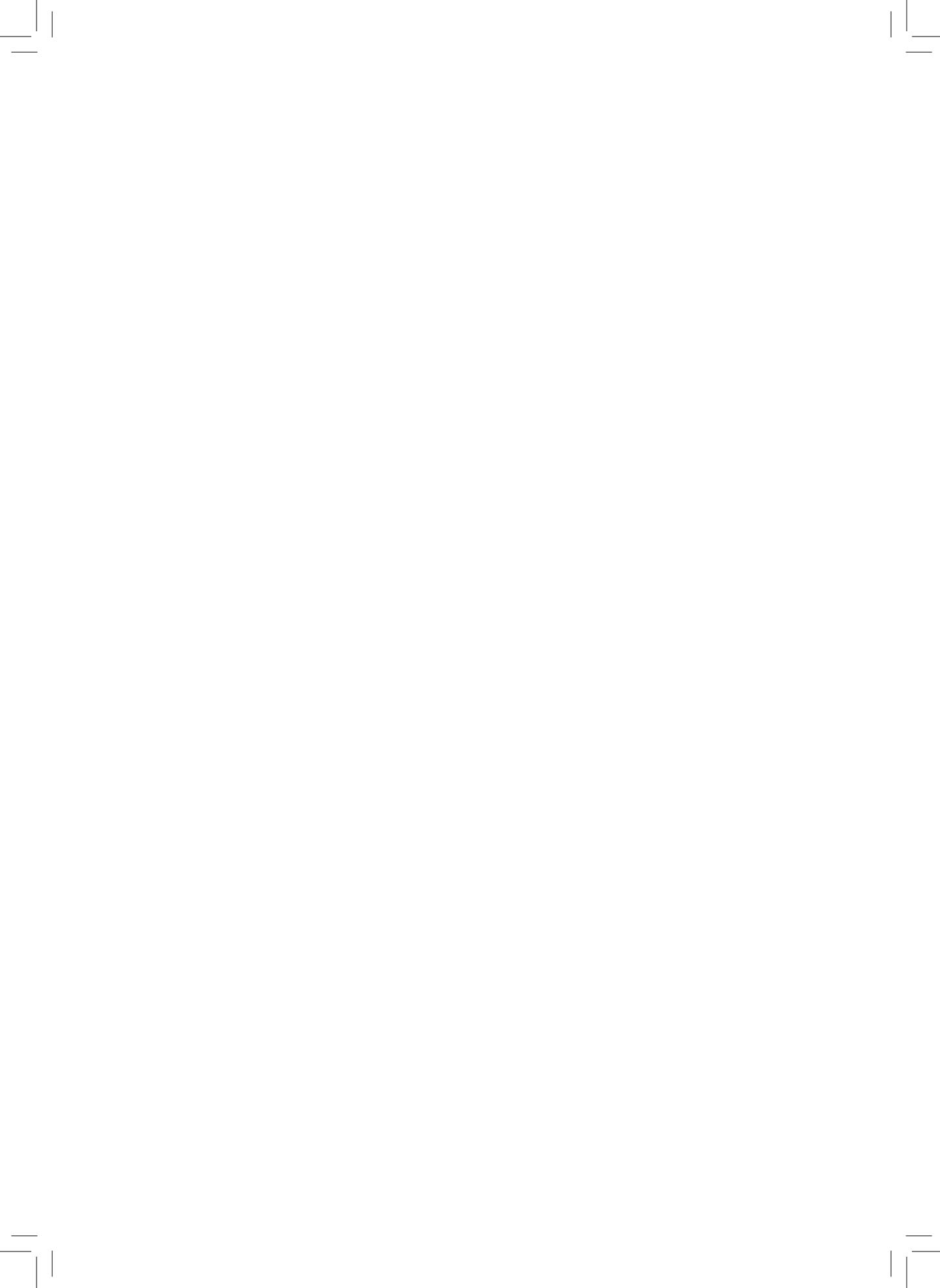
## Bibliografía

- ABRAMSON, A.; SOSKIS, B.; TOEPLER, S. (2012): «Public – Philanthropy Partnerships: Trends, Innovations and Challenges», *Council of Foundations*, septiembre.
- ÁLVAREZ, C. (2014): «Solidaridad y sociedad del bienestar ¿Qué sociedad queremos construir?», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 39-55.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES (2011): *El sector fundacional español. Datos básicos*. Asociación Española de Fundaciones. Instituto de Análisis Estratégico de Fundaciones.
- BLÁZQUEZ, A. (2012): «Los incentivos fiscales al mecenazgo en Estados Unidos. ¿Qué podemos aprender con vistas a la reforma de la Ley 49», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 195-304.
- BLÁZQUEZ, A.; PEÑALOSA, I. (2013): «El régimen fiscal del mecenazgo en el derecho comparado: Alemania, Reino Unido, Francia y Estados Unidos», *ICE*, n.º 872, mayo-junio, pp. 29-44.

- BROOKS, A. C. (2000): «Is there a Dark Side to Government Support for Nonprofit?», *Public Administration Review*, vol. 60, n.º 3, mayo-junio, pp. 211-218.
- BRYNJOLFSSON, E.; McAFFEE, A. (2014): *The Second Machine Age. Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, Norton.
- CAFFARENA, J. (2009): «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 29-58.
- CARLTON, D. W.; PERLOFF, J. M. (2012): *Modern Industrial Organization*, Pearson, 4.<sup>a</sup> ed.
- COORDINADORA CATALANA DE FUNDACIONES (2012): *El finançament de les Fundacions a Catalunya*, mayo.
- CRESPO, M. J. (2014): «Fiscalidad de las Fundaciones como entidades no lucrativas: tras la reforma introducida en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 97-117.
- CRUZ AMORÓS, M. (2009): «El régimen español del IVA en las Fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 16-28.
- DIAMOND, J. ([1998]2011): *Armas, gérmenes y acero. Breve historia de la humanidad en los últimos 13.000 años*, DeBolsillo.
- DOMÍNGUEZ, I.; CERRATO, J.; GARCÍA, I. (2001): *La realidad de las Fundaciones en España. Análisis sociológico, psicosocial y económico*, Fundación Marcelino Botín.
- DURÁN, A. (2010): Prólogo, en MONZÓN (2010).
- GALINDO, M. A.; RUBIO, J. J.; SOSVILLA, S. (2012): *El régimen fiscal de las instituciones sin fin de lucro y del mecenazgo: impacto macroeconómico de diferentes escenarios de incentivo fiscal al mecenazgo*, Asociación Española de Fundaciones, en <http://www.fundaciones.org/McAfee>.
- GARCÍA DELGADO, J. L. (Dr.) (2004): *Las cuentas de la Economía Social. El Tercer Sector en España*, Fundación Once, Thomson Civitas.
- (2009): *Las cuentas de la Economía Social. Magnitudes y financiación del Tercer Sector en España*, 2005, CERES, Fundación ONCE, Thomson Reuters, Civitas.
- GHEMAWAT, P. (2011): «Global Prosperity and How to Achieve it», *Harvard Business Review Press*.
- GOMÁ, J. (2014): *Cartas a las fundaciones españolas*, Real Maestranza de Caballería de Ronda, Editorial Pre-Textos.
- HANSMANN, H. (1987): «Economic Theories of Nonprofit Organization», en HANS-MANN (1987), pp. 27-42.
- (1987): *The nonprofit sector: A research handbook*, Yale University Press.
- JOHNSON, E. S. ([2010]2011), *Las buenas ideas. Una historia natural de la innovación*, Turner.
- LÓPEZ, S. (2013): «Una fiscalidad para las fundaciones y el mecenazgo en Europa», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 227-262.

- LORENZO, R. DE; PIÑAR, J. L.; SANJURJO, T. (2011): «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 61-85.
- MARTÍNEZ, J. L. (2013): «La profesionalización de las Instituciones no Lucrativas españolas: nuevos retos, nuevos perfiles», *ICE*, n.º 872, mayo-junio, pp. 69-77.
- MASON, E. S. (1939): «Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise», *American Economic Review*, vol. 29, marzo, pp. 61-74.
- MASON, S. (1949): «The Current State of the Monopoly Problem in the United States», *Harvard Law Review*, vol. 62, junio, pp. 1265-1285.
- MONZÓN, J. L. (Dr.) (2010): *Las grandes cifras de la Economía Social en España. Ámbito, entidades y cifras clave*. Año 2008, CIRIES, Observatorio Español de la Economía Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Fundación ONCE, CERES.
- NADAL, J. (2013): «El fenómeno de las fundaciones en España», *ICE*, n.º 872, mayo-junio, pp. 103-117.
- OBSERVATOIRE DE LA FONDATION DE FRANCE/CERPHI (2015): *An overview of philanthropy in Europe*, abril.
- PARAMÉS, C. (2011): «Diversidad de fundaciones en Europa», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 21-42.
- PEÑALOSA, I. (2014): «La reforma de los incentivos fiscales al mecenazgo: luces y sombras», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 279-319.
- PEPALL, L.; RICHARDS, D. J.; NORMAN, G. (1999): *Industrial Organization: Contemporary Theory and Practice*, South-Western College Publishing.
- PETITBÒ, A. (2014): «Fundaciones, conectividad social y libertad», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 21-38.
- PETITBÒ, A.; HERNÁNDEZ MARCOS, F. (2009): «La gestión de los recursos económicos de las fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones*.
- PIÑAR, J. L. (2010): «Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, pp. 281-306.
- ponce, P. (2013): «Mecenazgo ¿Por qué una reforma?», *ICE*, n.º 872, mayo-junio, pp. 93-103.
- REY, M. (2007): «La gestión de las fundaciones en el siglo XXI: Retos, tendencias y una hoja de ruta», *Revista española del Tercer Sector*, n.º 6. mayo-agosto, pp. 37-54.
- REY-GARCÍA, M.; ÁLVAREZ-GONZÁLEZ, J. I. (2015): EUFOR Spain Study Report. European Foundations for Research and Innovation.
- RIFKIN, J. (2014): *La sociedad de coste marginal cero: el Internet de las cosas, los bienes comunes y el eclipse del capitalismo*, Paídos.
- RODRÍGUEZ, D. (2011): *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, Norton.

- RUBIO, J. J.; SOSVILLA, S.; MÉNDEZ, M. T. (2015): *Pérfil del donante tipo en España a partir de las fuentes tributarias. 2002-2010.* Asociación Española de Fundaciones, en <http://www.fundaciones.org/>.
- RUBIO, J. J.; SOSVILLA, S. (2016): *El sector fundacional en España: Atributos fundamentales (2008-2014). Tercer Informe.* Asociación Española de Fundaciones, en <http://www.fundaciones.org/>.
- RUBIO, J. J.; SOSVILLA, S.; GALINDO, M. A. (2013): *Comportamiento del empleo en el Sector Fundacional. Actuaciones contracíclicas y derivaciones de política económica para el sector,* Asociación Española de Fundaciones, en <http://www.fundaciones.org/>.
- RUIZ OLABUÉNAGA, J. I. (dir.) (2000): *El sector no lucrativo en España,* Fundación BBVA.
- SCHERER, F. M.; ROSS, D. (1990): *Industrial Market Structure and Economic Performance,* Houghton Mifflin Co.
- WORLD ECONOMIC FORUM (2017): *Cómo transformará la Cuarta Revolución Industrial a las ONG,* en <https://www.weforum.org/es/agenda/2017/02/como-transformara-la-cuarta-revolucion-industrial-a-las-ong/>.



# **Hacia un modelo de buen gobierno para las fundaciones**

*Javier López-Galiacho Perona*

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO: I. EL BUEN GOBIERNO EN GENERAL: 1. *Qué es el buen gobierno*. 2. *Función del buen gobierno*. 3. *Antecedentes del buen gobierno: del caso Enron al Código de buen gobierno de la CNMV*.—II. ¿SE PUEDE HABLAR DE BUEN GOBIERNO DE LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS?: 1. *Planteamiento*. 2. *Modelo de buen gobierno mercantil y fundacional: diferencias*. 3. *Principios de un modelo de buen gobierno para una entidad no lucrativa*. 4. *Hacia un código de buen gobierno de fundaciones en España*.—III. MODELO DE BUEN GOBIERNO PARA ENTIDAD NO LUCRATIVA FUNDACIONAL: 1. *Sobre el órgano de patronato. Consideración previa: para qué sirve un patronato*. 2. *Nombramiento de los patronos*. 3. *Duración del cargo de patrono*. 4. *Información sobre composición del patronato*. 5. *Cese o dimisión*. 6. *Competencias del patronato*. 7. *Estructura y órganos del patronato*. 8. *Derechos y facultades de los patronos*. 9. *Deberes de los miembros del patronato*. 10. *Especial referencia a los conflictos de interés*. 11. *Sobre la evaluación del patronato*. 12. *La dirección de la fundación*. 13. *Derecho de los donantes de la fundación*. 14. *El voluntariado fundacional: qué hacer*. 15. *El papel de la comunicación transparente*. 16. *La estrategia en responsabilidad social de la fundación*. 17. *Cumplimiento para fundaciones de los requisitos de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*.—IV. LA RESPONSABILIDAD POR EL MAL GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN: 1. *La responsabilidad de patronos frente a la fundación y acción en interés fundacional*. 2. *La llamada responsabilidad penal de la fundación: prevención y control*.—V. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

## **I. El buen gobierno en general**

Comienza este trabajo con una previa reflexión de lo que supone el buen gobierno en general, y en particular aplicado a las organizaciones lucrativas, así como los avances dados en la materia, para luego traspasar la línea que nos conduce a su necesaria adopción o, cuando menos, aconsejable traspase hacia las entidades no lucrativas, especialmente las fundaciones, dado que las mejora. Además quien tiene que hacer el bien, debe hacerlo muy bien<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., «Hacer el bien sí, pero haciéndolo muy bien», en *Revista Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, n.º 64 (septiembre), 2011, pp. 62-63.

### **1. *Qué es el buen gobierno***

El buen gobierno podemos definirlo, en general, como ese conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración y adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno de una entidad u organización, que puede ser empresarial o no, lucrativa o no, para lograr su eficiencia y eficacia, y procurar la generación de valor y confianza entre sus partes interesadas.

### **2. *Función del buen gobierno***

Un sistema adecuado de buen gobierno, entendemos que provee los incentivos para proteger los intereses de la organización, a la vez que permite la creación de valor, el uso eficiente de los recursos, y ofrece confianza a las partes interesadas de esa entidad sea lucrativa o no.

El buen gobierno asegura también la correcta organización interna y externa de una entidad lucrativa o no lucrativa a través de sistemas de gestión que suministran herramientas de salvaguardia o supervisión y que hacen confluir las capacidades de los que las gestionan, la misión de la organización, y los intereses de los *stakeholders* o partes interesadas, que desde fuera la apoyan o sustentan.

### **3. *Antecedentes del buen gobierno: del caso Enron al Código de buen gobierno de la CNMV***

El origen del concepto de buen gobierno procede del ámbito empresarial, precisamente a raíz de malos ejemplos o negativa praxis en el gobierno de las organizaciones lucrativas.

Desde la década de los noventa del pasado siglo y hasta principios de la presente centuria, una serie de escándalos generados en corporaciones como el mítico caso Enron (sobrevaluó beneficios en US\$600 millones)<sup>2</sup>, Arthur Andersen, Parmalat, Banesto, Lehman brothers, Fortis, Maxwel, WorldCom, Parmalat, Vivendi (sobrevalora acción), Tyco (irregularidades contables, préstamos directivos), o en España escándalos como Gescartera o Banesto, abrieron un gran debate dentro del sector de las organizaciones empresariales o lucrativas sobre el necesario buen gobierno de las empresas (lo que en términos anglosajones se conoce como *good governance/corporate governance*).

---

<sup>2</sup> Siempre recomiendo para entender este escándalo corporativo, que supuso un antes y un después en el buen gobierno empresarial, ver la película *Enron, The smartest guys in the room*. Director Alex Gibney, 2005.

También, y a raíz de ello, se abrió un amplio debate acerca del papel que en estas organizaciones lucrativas desarrollan los consejos de administración, juntas generales, y la alta dirección.

Esta preocupación, incitada especialmente desde los países anglosajones, dio origen a una serie de informes de expertos sobre cómo debía ser el buen gobierno de las grandes organizaciones empresariales, que de paso impidiera la repetición de esos escándalos.

De ahí nacieron estudios como el de *Cadbury* (1992) o *Vienot* (1999), respectivamente en Inglaterra y Francia, el *Winter* (2002) de la UE, o en España los conocidos informes de *Olivencia* (1998) y *Aldama* (2003), que en varios países, y también en el nuestro, han dado lugar a códigos de recomendaciones de buen gobierno de las empresas cotizadas, auspiciados por organismos estatales reguladores.

Este es el caso de España. La CNMV (Comisión Nacional del Mercado de Valores), publicó en 2006 el llamado *Código unificado de buen gobierno para las empresas cotizadas*, conocido en el argot como *Código Conthe*, por llamarse así el entonces presidente de esa institución que lo impulsó. Años más tarde, ya en febrero de 2015, la CNMV publicó el *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas* dentro de una acción estratégica del Gobierno de España por la mejora del buen gobierno corporativo, que dio lugar también a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital<sup>3</sup>.

El contenido de ese Código de 2015 se centra en una serie de principios (25), recomendaciones (64) de buen gobierno, que se refieren en su mayor parte a la composición y actuación de los consejos de administración, políticas y estrategias, consejeros independientes, presencia de mujeres, comités o comisiones delegadas, políticas retributivas, etc. No son de obligado cumplimiento, pero las empresas cotizadas, anualmente, y en sus respectivos informes de gobierno corporativo, tienen que dar a conocer a los mercados si cumplen estas recomendaciones o, en su caso, explicar por qué no lo hacen (todo ello bajo el clásico principio anglosajón *comply or explain*).

Algunas de las recomendaciones del Código de la CNMV de 2006, unas 12, pasaron a integrarse como normativa societaria con la reforma que se operó en la Ley de Sociedades de Capital, por la referida Ley 31/2014. Por lo que no descartamos que algunas de las que hoy son meras recomendaciones acaben haciéndose ley.

---

<sup>3</sup> Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

## II. ¿Se puede hablar de buen gobierno de las entidades no lucrativas?

### 1. *Planteamiento*

En la actualidad, y especialmente tras algunos escándalos de mal gobierno al que se han visto sometidas organizaciones del tercer sector privadas (casos como Intervida, Anesvad, Palau de la Música, Palau de las Arts, inversiones en Gescartera por fundaciones, etc.) o públicas (como ciertas fundaciones de partidos políticos), se ha abierto el melón del debate social acerca de exigir la práctica del buen gobierno a toda organización sea o no empresarial, y por supuesto a las entidades no lucrativas.

La existencia de un modelo o sistema de buen gobierno, de gobierno responsable y eficaz, condiciona que lo sean o no las entidades gobernadas. No hay malas o buenas organizaciones. Solo existen entidades con buen o mal gobierno. Por desgracia, el mal o incorrecto gobierno aparece en muchas organizaciones. Si a eso se le añaden conflictos de interés no solucionados, el problema se agrava.

El tener claros los principios y valores que sustentan un modelo de buen gobierno sirve, en una organización, para clarificar su misión, sus fines y para ordenar las acciones de hacer, que no son otra cosa que el ejercicio de buenas prácticas.

Estar atentos al buen gobierno, al buen actuar —seguramente también al buen pensar y buen sentir—, que son fundamentos de una necesaria sociedad del comportamiento, debe hacer posible e incrementar una mejor actuación de todas las organizaciones y muy especialmente de las fundaciones.

Llegado este punto, es momento de hacerse la pregunta clave que sustenta este trabajo: ¿es posible aplicar las reglas del buen gobierno de las grandes empresas a las entidades no lucrativas como asociaciones y, especialmente, a las fundaciones?, ¿se podría hablar de un *non profit corporate governance*? Ya les adelanto, por supuesto que sí.

Es cierto que las diferencias regulatorias son muy grandes, aquí en España y en el resto del mundo, hasta el punto que las entidades no lucrativas han sido descuidadas por las modernas leyes sobre el gobierno de las organizaciones, que han sido dirigidas, principalmente, o bien hacia el derecho de sociedades o bien al de la administración pública.

De ahí que la prudencia aconseje tener en cuenta la diversa naturaleza y características de este sector no lucrativo antes de proceder a una transposición

de esas leyes. Si así no se hiciera, ello sólo podría generar más confusión o rechazo.

Lo que está aquí en juego es si debe propiciarse un cambio del buen gobierno del modelo filantrópico tradicional, más participativo, hacia un modelo de comportamiento más mercantil, o si por el contrario deben mantenerse las señas de identidad del tercer sector para evitar que los valores tradicionales se diluyan.

Razones hay para lo primero. Apostar en el sector no lucrativo, principalmente en el fundacional, por el buen gobierno, que tiene por objetivo reducir los costes de agencia o conflictos de intereses que se producen entre quienes aportan los recursos y quienes los gestionan, aumentaría, creemos, la eficiencia de la gestión, daría confianza a los miembros, voluntarios y benefactores de las organizaciones no lucrativas.

La ética, la transparencia, y la rendición de cuentas deben ser valores intrínsecos en cualquier organización, pero especialmente deben estar claros en las entidades no lucrativas, pues a diferencia de la lucrativa (que busca el máximo beneficio al menor coste), lo principal en la *non profit*, como en el caso de una fundación, es cumplir la misión, y en las asociaciones proteger el interés asociativo.

Nadie puede poner en duda que entre los fundadores, patronos y directivos y la sociedad en general donde la entidad va a desarrollar su misión, existe un acuerdo o contrato social. En virtud de esa convención, la entidad gozaría de una posición privilegiada como es un tratamiento impositivo favorable, ventajas fiscales para sus donantes o subvenciones, beneficios o apoyos de las administraciones públicas.

De ahí que consideremos que esa adaptación de la gobernanza del establecimiento fundacional al mercantil, respetando las especificidades del sector, es necesaria para hacerlo más efectivo, más plural y más transparente, y pensando además que si el tercer sector no lo hace por su propia iniciativa, más tarde que temprano, creemos que se lo impondrá quien legisle.

A las entidades no lucrativas no le queda más remedio que comprometerse con el seguimiento de determinadas normas de buen gobierno que excederían del mínimo legal previsto en la Ley estatal de fundaciones o la mayor parte de las autonómicas, que por otra parte es casi irrisorio, obligándolas a una serie de reglas como dar publicidad de sus prácticas de buen gobierno, si las siguen o no se cumplen (principio del *comply or explain*), y, en caso de incumplimiento de este deber de información, llegar a suprimir subvenciones o beneficios fiscales, con el consiguiente coste reputacional.

El que las organizaciones se llamen no lucrativas, lo que en puridad no es del todo cierto, no debe impedir la llegada de las normas de buen gobierno. En el modelo empresarial existen socios o propietarios identificados que pueden remover a todo el consejo o comité de dirección, con un mercado de valores donde puede obtenerse el control de la organización y los fines son claros (incremento sostenible del valor de la acción). En cambio en el tercer sector no hay tanta «claridad», de ahí que se aconseje (Paz Ares<sup>4</sup>) la existencia de mecanismos de salvaguardia del interés general.

Poner por delante el burladero del carácter no lucrativo de las entidades del tercer sector o criterios de la necesaria autorregulación del sector, para impedir que el toro del buen gobierno no te embista, sinceramente no invita a la confianza.

El no afán de lucro no es causa suficiente para asegurar por si sola la honestidad y la buena gestión de la organización. En palabras de Paz Ares<sup>5</sup>, «la ausencia de ánimo de lucro sólo indica lo que no se puede hacer —gestionar con la vista puesta en repartir beneficios—, pero no cómo se deben hacer correctamente las cosas —gestionar leal y eficazmente la organización—, y es llano que lo primero no implica necesariamente lo segundo».

Tampoco es suficiente argumento de peso, el impedir el paso al sector no lucrativo de las normas de buen gobierno defendiendo que en esta clase de entidades, una de sus señas de identidad o naturaleza sea la no retribución de los patronos, lo que asegura, aparentemente, que quien se sienta en un patronato lo hace por puro voluntarismo y no se le pueden imponer normas de gestión más allá de la que desee el fundador o el propio órgano colegiado al que pertenece.

Paz Ares<sup>6</sup> pone con acierto el foco de lo que está en juego cuando hablamos de buen gobierno para las entidades no lucrativas. Este no es otro «que suministrar instrumentos de salvaguardia y supervisión capaces de alinear los incentivos de los que gestionan con los planes de quienes aportan». En definitiva, aumentar por una parte la eficiencia en la gestión y por otra, lo que es fundamental, incrementar la confianza por parte de voluntarios, donantes, y el resto de grupos de interés.

<sup>4</sup> PAZ ARES, C., «El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas (Reflexiones preliminares)», en *La filantropía: tendencias y perspectivas. Homenaje a Rodrigo Uría*, Fundación de Estudios Financieros (FEF) y Fundación Profesor Uría, pp. 147 y ss.

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 150.

<sup>6</sup> Ob. cit., p. 148.

En este trabajo vamos a defender, la hipótesis de convergencia o, en todo caso, el necesario acercamiento del modelo filantrópico con el modelo mercantil en materia de buen gobierno. Pero previamente, pasemos a hacer un análisis de aquello que en puridad les separa o diferencia.

## 2. *Modelo de buen gobierno mercantil y fundacional: diferencias*

Las reglas del *corporate governance* del modelo mercantil deben adaptarse a las diferencias culturales y sociales de las organizaciones no lucrativas, que son muchas e importantes. El buen gobierno de esta clase de entidades es cierto que debería adecuarse al contexto normativo y a la finalidad que persiguen, pero sería un error despreciar la experiencia ya generada en el ámbito del *corporate governance* de la gran empresa.

Cuando se realiza un cuadro comparativo entre ambos modelos de gobernanza, se comprueba la existencia de notables diferencias, principalmente porque la entidad no lucrativa responde más al criterio participativo, mientras que, por ejemplo, en la gran empresa cotizada, el modelo de gobierno corporativo tiende más a un modelo supervisor en la función estratégica o de control<sup>7</sup>.

Tanto un modelo como el otro responden a patrones diferentes, pero consideran que están alineados con el fin que persiguen.

Por ejemplo, en el modelo de entidad no lucrativa nos encontramos con que la continuidad en la misión de este tipo de organizaciones hace a lo mejor más aconsejable patronatos o consejos de mayor tamaño, mayor pluralismo, mayor duración en el cargo, mientras en el modelo empresarial, la supervisión de los objetivos del negocio que le da sentido, exigen más un tamaño reducido, una mayor homogeneidad de sus miembros o limitar el mandato de vigencia de los cargos.

El modelo filantrópico está presidido por un órgano de gobierno, el patronato, de tamaño considerable. Mientras que el mercantil presenta consejos de administración de tamaño limitado. Así lo recomienda el Código de buen gobierno de 2015 de la CNMV cuando dice en su recomendación 13: «*Que el consejo de administración posea la dimensión precisa para lograr un funcionamiento eficaz y participativo, lo que hace aconsejable que tenga entre cinco y quince miembros*».

---

<sup>7</sup> Ver en PAZ ARES (ob. cit., p.149), el interesante cuadro comparativo que hace entre ambos modelos, el societario y el no lucrativo.

Los patronatos representan un extenso abanico de trayectorias y currícula. Por su parte en la sociedad mercantil los perfiles de los miembros del consejo se centran más en las características y necesidades de la empresa o negocio.

El gobierno del sector fundacional no se caracteriza por una asunción específica de responsabilidades por los miembros de los patronatos, sin ser tampoco objeto de delegación de competencias a través de comisiones o comités, como sí ocurre en el modelo mercantil cotizado (comités de auditoría y control, nombramientos y retribuciones, buen gobierno, ejecutivo, estrategia, etc.).

Mientras que en la empresa es habitual la presencia de consejeros ejecutivos, es decir que compatibilizan la presencia en el consejo de administración con el trabajo en el *staff* de la compañía, en el modelo fundacional nos encontramos, sin embargo, con una limitación a tal posibilidad en el artículo 15.4 de la Ley 50/2002 de Fundaciones cuando señala que «*Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función.*

*No obstante, lo establecido en el párrafo anterior, y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado».*

De su contenido se deriva también otra diferencia entre ambos modelos, como es el carácter no retribuido de la función de patrono, frente a la remuneración habitual del miembro del órgano de gobierno en el modelo mercantil.

Asimismo, otra nota distintiva de un modelo y el otro, es la prórroga indefinida del mandato del patrono (salvo que los estatutos de la fundación establezcan algún límite), frente al límite temporal para el puesto de consejero que fija el derecho de sociedades mercantiles.

En este sentido el artículo 529 undecies de la Ley de Sociedades de Capital modificada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, señala: «1. La duración del mandato de los consejeros de una sociedad cotizada será la que determinen los estatutos sociales, sin que en ningún caso exceda de cuatro años. 2. Los consejeros podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima».

### ***3. Principios de un modelo de buen gobierno para una entidad no lucrativa***

Nuestra experiencia en el sector lucrativo nos demuestra que un buen gobierno se articula en torno a tres grandes ejes:

- a) El principio de autorregulación, cada vez menos pujante por la intervención legislativa en este ámbito, que permite a la sociedad articular el modelo de gobierno que le sea más eficaz frente a los agentes internos y externos.
- b) La publicidad o transparencia de la gestión dirigida a los grupos de interés implicados de la sociedad y ante el organismo regulador.
- c) Los principios de lealtad y diligencia de los administradores, con la consiguiente corresponsabilidad en la administración y supervisión de la sociedad mercantil.

Veamos cómo se conjugarían estos principios dentro del ámbito de las entidades no lucrativas. Así:

#### **A) Principio de Autorregulación.**

La normativa sobre fundaciones y asociaciones deja gran parte del núcleo de decisión de la organización de la entidad no lucrativa (composición y funcionamiento de los órganos de supervisión o directivos de ejecución), es decir la configuración de un modelo de gobierno de la entidad, al ámbito de la autonomía de la voluntad.

Esta exacerbada autorregulación e intervención mínima del legislador debería salvarse, como veremos, con la aprobación de códigos de buen gobierno dentro de estas entidades.

#### **B) El principio de publicidad y transparencia.**

«La luz del sol es el mejor desinfectante, incluso en las organizaciones», decía aquel Jack Welch, ex CEO, General Motors. Las fundaciones aspiran por el modelo legal que las sustentan también a ser transparentes y no limitarse a informar, por imperativo normativo, al protectorado correspondiente.

La transparencia fundacional debe ir mucho más allá, pues el buen gobierno de las organizaciones del tercer sector es un factor clave para fidelizar a una masa social comprometida que la apoye y sustente. Adicionalmente de lo que debería ser el deber de comunicar concisamente y explicar el trabajo y el funcionamiento de la fundación. Sin olvidar tampoco el deber de informar sobre el órgano de gobierno, composición y funciones, así como sobre los activos, pasivos, ingresos, gastos, actividades y resultado de las operaciones, etcétera.

De ahí que creamos necesario concienciar a las entidades del tercer sector y desde sus grupos de interés, como son los donantes, voluntarios, o las administraciones, sobre las cuestiones centrales del buen gobierno de estas entidades, especialmente acerca de su importancia para el desarrollo y credibilidad de la actividad. Generando así, a la vez, una cultura dentro de estas organizaciones que arrumbe métodos tradicionales de gobernanza estancados o anticuados.

C) Lealtad y diligencia de los patronos.

El deber fiduciario de diligencia y lealtad de los administradores, punto cardinal del buen gobierno de las entidades *profit*, es, sin embargo, tratado de manera lacónica por la legislación de fundaciones.

El modelo de patronato establecido por la Ley 50/2002 de 26 de diciembre es corto y sencillo: definición de patronato, quiénes y cómo pueden ser patronos, delegaciones y apoderamientos, responsabilidad, sustitución, cese y suspensión de patronos (arts. 14 a 18). Tan solo se le atribuyen a quienes integran el patronato de la fundación, ciertas funciones de gobierno y representación, de cumplimiento de los fines fundacionales, y de administración cuidadosa de los bienes y derechos asegurando la rentabilidad de los mismos.

Echamos claramente en falta por el legislador de 2002, el haber señalado las principales obligaciones de los patronos, pues decir que deben ser leales y diligentes es como decirle a un soldado que sea valiente. Ya se le supone o presume. El patrono no deja de ser un vigía de intereses ajenos, alineado con el fin último que es el cumplimiento de la misión de la fundación

Los patronatos y sus miembros deben tener claro que son el motor de su buen gobierno. Un buen patronato hace buena a la más modesta de las fundaciones. Pero un mal patronato estropea a la mejor de las fundaciones por mucho nombre que tenga, sean sus fines elevados o disponga de numerosos fondos.

Y no es fácil hacerlo bien. El puesto no es remunerado, como señala la Ley estatal 50/2002, y falta además incentivar una correcta labor, que hoy queda más del lado del puro voluntarismo del patrono que a la asunción responsable del compromiso adquirido. A ello se añade la habitual dificultad profesional u ocupacional de los patronos para sacar tiempo y dedicar esfuerzos a las reuniones de los patronatos.

Sería también un paso adelante repensar la acción de responsabilidad social para exigir a los patronos un mayor compromiso y obligación respecto a la entidad de cuyo órgano de gobierno se hacen cargo. En el caso de aso-

ciaciones, esta acción no se plantea por el legislador y en el fundacional se circunscribe solo la legitimación a protectorados, patronato o patronos. Por qué, nos preguntamos, no abrir la legitimación de esta acción también a donantes, contribuyentes o beneficiarios u otros grupos de interés.

#### 4. *Hacia un código de buen gobierno de fundaciones en España*

Las recomendaciones nacionales e internacionales en materia de entidades sin ánimo de lucro y de principios de responsabilidad social fundacional demuestran la importancia que tiene la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo para no sólo de dar adecuado cumplimiento a los fines fundacionales, sino también para el fomento de la función social de las fundaciones y la transparencia que requieren sus grupos de interés.

La dificultad en llegar a elaborar, como ocurre en el modelo mercantil, un código general de buen gobierno para las entidades no lucrativas, son varias. Primero por la peculiaridad y heterogeneidad de las distintas fundaciones y asociaciones de España. Es cierto que la Fundación March, la Amancio Ortega o la Ramón Areces poco o nada tienen que ver en cuanto a fines, medios o estructura con otros miles de fundaciones mucho más modestas. A ello se le une también la competencia del órgano para emitirlo. No tenemos un organismo regulador central y único como lo es la CNMV para el ámbito societario cotizado.

Solo queda dejar el avance en esta materia a la iniciativa particular de códigos de buen gobierno de fundaciones o asociaciones, incluso de alguna «patronal» como es la Asociación Española de Fundaciones (AEF)<sup>8</sup>.

Ahí tenemos ya los nueve *Principios de transparencia y buenas prácticas* de la Fundación Lealtad<sup>9</sup>, el trabajo interesante de síntesis del buen gobierno para estas entidades que ha publicado en varias guías la Fundación Compromiso Empresarial, la Coordinadora de ONG de Desarrollo-España quien ya tiene código de conducta, el Código de Buen Gobierno de la Coordinadora Catalana de Fundaciones, o especialmente interesantes resultarían las iniciativas en USA y los criterios fijados desde la Asociación Española de Fundaciones,

---

<sup>8</sup> No figura la fecha del documento en su web.

<sup>9</sup> Principio 1 de funcionamiento y regulación del órgano de gobierno; Principio 2 de claridad y publicidad del fin social; Principio 3 de planificación y seguimiento de la actividad; Principio 4 de comunicación e imagen fiel de la información; Principio 5 de transparencia en la financiación; Principio 6 de pluralidad en la financiación; Principio 7 de control en la utilización de fondos; Principio 8 en la presentación de las cuentas anuales y en el cumplimiento de obligaciones legales; y Principio 9 de promoción del voluntariado.

sin olvidar la innovación que ha supuesto algún código de buen gobierno bien elaborado como el de las fundaciones Iberdrola, Gas Natural Fenosa, PWC o Repsol.

Asimismo, hay que aplaudir el compendio de buen gobierno de las fundaciones que viene publicando, en una serie de cuadernos, la Fundación Compromiso y Transparencia, o su observatorio «Construir confianza», impulsando la transparencia en las webs fundacionales.

También en España destaca la publicación de la «Guía práctica de buen gobierno para las ONG (Asociaciones de Utilidad Pública y Fundaciones)», editada en noviembre de 2013 por el Instituto de Consejeros-Administradores (ICA).

A escala internacional, debe consultarse el trabajo promovido por la *American Law Institute (ALI)* bajo el título «*Principles of the Law of Nonprofit Organizations*» (2007).

A pesar de todas las dificultades existentes para unificar este ámbito del buen gobierno frente a esta heterogeneidad fundacional en España, me pongo con PAZ ARES<sup>10</sup> en la oportunidad de promover la publicación de un código de buen gobierno para el sector fundacional que gozara de un amplio respaldo institucional y social. Cosas más imposibles, en apariencia, se han visto.

### **III. Modelo de buen gobierno para entidad no lucrativa fundacional**

A continuación ofreceré algunas reflexiones, criterios o reglas a tener en cuenta a la hora de crear un modelo de buen gobierno para una entidad fundacional, vía código de buen gobierno o normas internas de gobierno.

#### **1. *Sobre el órgano de patronato. Consideración previa: para qué sirve un patronato***

El pilar del buen gobierno de una fundación está en su patronato. Como decíamos anteriormente, un buen patronato te salva una fundación, y, viceversa, un mal patronato te la hunde.

---

<sup>10</sup> Ob. cit., p. 148.

Al patronato corresponde, principalmente, fijar la misión, la visión, los fines y los objetivos de la organización, así como su revisión periódica y su evaluación externa o, en su caso, autoevaluación.

Siempre he defendido, por mi experiencia como patrono, que el patronato debe ser primeramente estratégico y luego supervisor del cumplimiento de esa estrategia por el *staff*. Pero el mayor error que se comete es intentar que el patronato juegue a ser la dirección. Aquel que lo pretenda se equivocará gravemente, y además causará un entorpecimiento o filibusterismo de la acción del *staff*.

El patronato nombra al director y este a su equipo. Si luego no funciona y no cumple correctamente su cometido se le releva. Pero insisto, se equivocan los patronos que juegan a ser directores.

El servir exclusivamente a la misión, a la que en España se le dedica escasa o nula atención, debería ser el objetivo de un patronato. Por desgracia, no siempre es así.

Un patronato, y un patrono, están para que desde su experiencia conjunta o individual, velen por la misión y estrategia de la fundación. No para ceñirse a aprobar, permítaseme el ejemplo, un presupuesto de una contrata de seguridad. Eso se valida, pero no se discute. Para eso está el director de la fundación y su equipo técnico. Centrar el tiempo escaso de los patronos en esas menudencias, es distorsionar su función y poner en peligro no solo su aportación a la misión de la fundación, sino también su propia permanencia en el patronato.

Otra cosa es que el patronato seleccione al director ejecutivo desde un minucioso proceso de selección, y colabore con el director ejecutivo y supervise su trabajo, pero no sustituirle u ocupar sus funciones. La política de personal no debe serle ajena y debe velar para la incorporación de los mejores.

El órgano supervisor de una fundación, que es el patronato, sí que debe estar encima de la planificación efectiva de las actividades y consiguientemente sobre asignación de recursos para el cumplimiento de la misión. Debe participar en la elaboración y aprobación del presupuesto anual, y asegurar la existencia de mecanismos de control financiero efectivos.

No estaría de más participar, incluso, en la captación de recursos, trabajando por el reconocimiento y retención del donante, personalizando el trato con donantes, cartas de agradecimiento, llamadas de teléfono, asignación de personal de apoyo a los patronos para actualizar contactos y realizar un seguimiento.

## 2. *Nombramiento de los patronos*

La Ley estatal de fundaciones, incluso como hace la propia Ley de Sociedades de Capital para la elección de consejeros, guarda silencio acerca de cómo nombrar y a quién nombrar para el cargo de patrono. Personalmente me ha parecido siempre esencial para el futuro de una fundación, la selección adecuada de los patronos, al igual que para las sociedades mercantiles es la elección para el cargo de consejeros.

Es cierto que, para integrar inicialmente un patronato, se recurra a los fundadores que dotan a la fundación inicialmente de un patrimonio. Más tarde se suele recurrir a familiares, amigos o personas de confianza de los fundadores o incluso a quienes pueden aportar nuevos fondos. Pero más adelante la selección debería ser rigurosa y estratégica para incorporar a los mejores en cuanto a preparación y conocimiento, en el campo en el que se mueva la fundación y en aras, sobre todo, de cumplir la misión.

A veces, con el mejor de los propósitos, se han incorporado a los patronatos a personas de indudable prestigio social o profesional, pensando así que la reputación de la propia fundación iría *in crescendo*. Olvidando, desde mi punto de vista, que lo que verdaderamente da prestigio a una fundación es que conjuntamente el patronato y el *staff* logren cumplir la misión.

No creo en los *patronos floreros*, que los hay. Es decir, aquellos que figuran y se anuncian como tales, pero a la hora de la verdad, no se implican en la misión y en la acción de la fundación, y aparecen poco por las sesiones del patronato. Debería, incluso, haber un claro compromiso del patrono en todo aquello, pero también en aportar o ayudar a recaudar fondos para la fundación.

La propuesta de elección como patrono debería ser valorada e informada previamente por esa comisión de buen gobierno, nombramiento, y retribuciones a crear dentro del seno del patronato, que, entre sus funciones tuviera, entre otras, la de dirimir conflictos de interés/operaciones vinculadas de los patronos. En aras de esa correcta elección, el candidato debería hacer llegar a esta comisión una declaración sobre posibles conflictos de interés entre el propio patrono o personas vinculadas a él, y la fundación.

Asimismo, el candidato a patrono incluirá en su declaración información relativa a los patronatos de otras fundaciones o consejos de administración de sociedades a los que eventualmente pueda pertenecer, ello con independencia de que su misión o fin coincida o no con los propios de la fundación de que se trate.

Esta comisión de buen gobierno, nombramiento y retribuciones debería también comprobar la posible pertenencia del candidato a otros patronatos, de tal suerte que valorara si tal presencia pudiera dificultar su trabajo como patrono en la fundación en cuestión.

Una vez nombrado, la fundación debería poner a disposición del patrono la formación necesaria en cuanto al ámbito de la misión, estrategia, acciones, financiación o proyectos previstos o ya en marcha. Programa de formación que sería ideal extender también, como si se tratara de una puesta al día, para el resto de patronos ya nombrados.

### ***3. Duración del cargo de patrono***

Ante el silencio de la Ley 50/2002 sobre duración o limitaciones de mandato, creemos firmemente en la necesaria rotación del cargo de patrono, descartando la presencia en patronatos de cargos, en la práctica, vitalicios.

Limitarlo a cuatro o a ocho años, como máximo, sería una buena decisión para incluirla en códigos de buen gobierno o estatutos. Solo veo una excepción. Se trataría de que el nombramiento fuera renovado por elección democrática del órgano que lo designa en origen. Sería una forma de estar sujeto a la remoción por demérito o, en su caso, a la renovación por cualidades del órgano elector. Pongamos por ejemplo una asociación titular de una fundación que designa por asamblea a un patrono, podría renovarle sin limitación de mandato, porque todos los «vicios» de apoltronamiento que queremos evitar con tal limitación, los purificamos vía reelección democrática.

Para no perder ese cúmulo de experiencia que puede tener un patrono saliente o rotatorio, se podría crear un comité o consejo honorífico con su presencia y asesoramiento. Un hecho demostrado y muy español es que las personas salgan de las instituciones, normalmente a disgusto, y no vuelvan a aparecer o no quieran saber nada. Ello hay que evitarlo.

### ***4. Información sobre composición del patronato***

Es deseable que se ofrezca transparencia en cuanto a información de la composición de los patronatos y un currículum actualizado de los respectivos miembros, de tal suerte que los grupos de interés de la fundación conocieran los méritos para ocupar silla en los patronatos.

### **5. Cese o dimisión**

Guarda silencio igualmente la Ley estatal de Fundaciones sobre la posible dimisión o cese del patrono cuando la responsabilidad interna o externa del patrono cause daño a la reputación de la propia entidad no lucrativa.

Sería conveniente reflejar en códigos o estatutos que ante la consideración como investigada de un miembro del patronato, este pusiera, como mínimo, su cargo a disposición del pleno del patronato.

### **6. Competencias del patronato**

Las funciones del patronato están claramente diferenciadas de las que son propias de los órganos de gerencia, dirección y gestión técnicas ordinarias.

El patronato ostenta de manera efectiva todas las competencias de gobierno, dirección y administración de la fundación, y singularmente las que le atribuyen la legislación sobre fundaciones, los estatutos de la fundación y demás estatutos, reglamentos o normas de régimen interior, así como posibles normas de gobierno interno o códigos de conducta.

En todo caso, entiendo que corresponderían al patronato las siguientes competencias:

- a) La aprobación de las políticas, estrategias y planes generales de actuación de la fundación.
- b) El control y la fiscalización de la actividad de la fundación, así como la ejecución de las políticas, estrategias y planes aprobados por él mismo.
- c) El control y la fiscalización de la actividad de las obras que pudieran ser dependientes de la fundación.
- d) La aprobación, modificación y derogación de los estatutos de la fundación.
- e) La aprobación, modificación y derogación de los estatutos, reglamentos o normas de régimen interior de las instituciones dependientes de la fundación.
- f) La interpretación de los estatutos y normas de gobierno interno de la fundación, así como de los estatutos, reglamentos o normas de régimen interior de las obras dependientes de la fundación.
- g) El nombramiento y cese del vicepresidente, del secretario y del vicsecretario del patronato de la fundación.

- h) La aceptación de la dimisión del vicepresidente, de los patronos, del secretario y del vicesecretario del patronato de la fundación.
- i) El nombramiento y la separación del director general de la fundación.
- j) El nombramiento y la separación de los directivos de la fundación con las facultades y competencias que en cada caso se les confieran, así como la determinación de las condiciones de su contratación. Entendiéndose por directivos de la fundación aquellos que ejerzan funciones de dirección y gestión en la estructura interna de la misma, tales como subdirectores generales, secretario general y directores o responsables de área.
- k) El nombramiento y la separación de los cargos directivos, así como la determinación de las condiciones de su contratación.
- l) La delegación de facultades en cualquiera de los miembros del patronato, en los términos establecidos por la Ley y los estatutos de la fundación, así como su revocación o modificación.
- m) La aprobación de la organización interna de la fundación.
- n) La aprobación de la organización del patronato y, en particular, la creación de comisiones u órganos auxiliares de este por áreas específicas de actividad, con facultades delegadas o no, en los términos establecidos por la Ley y los estatutos de la fundación, así como su configuración, modificación o supresión.
- o) La aprobación de la plantilla de personal y relación de puestos de trabajo así como sus modificaciones, el régimen de selección y provisión de puestos de trabajo y la fijación de la cuantía de las retribuciones (fijas y periódicas, básicas y complementarias) así como de sus incrementos.
- p) La aprobación de los presupuestos de ingresos y gastos, así como sus eventuales modificaciones, así como la aprobación de la disposición de gasto cuando su importe, aislada o acumuladamente, excede de una determinada cantidad a señalar.
- q) La aprobación de las operaciones de crédito y préstamo cuya cuantía, dentro de cada ejercicio económico, aislada o acumuladamente, excede de una determinada cuantía a fijar.
- r) La aprobación de las propuestas de contratación de obras, servicios, suministros o de cualquier otra índole, cuando su importe supere una determinada cantidad a señalar.
- s) Las propuestas de modificación de los contratos de obras, servicios, suministros o de cualquier otra índole celebrados por la fundación, cuando

la cuantía de las mismas, aislada o acumuladamente, sea superior a un tanto por ciento del precio original del contrato a fijar y este sea igual o superior a una cantidad a fijar.

t) La administración y disposición del patrimonio de la fundación, conforme a lo dispuesto en la ley y en los estatutos.

u) La aprobación de las propuestas de actos y negocios jurídicos que directa o indirectamente comporten la adquisición, enajenación, gravamen o constitución de derechos reales sobre los bienes, derechos o activos de la fundación cuando su valor sea superior a una determinada cuantía y, en todo caso, la aprobación de aquellos actos y negocios que impliquen adquisición, enajenación, gravamen o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles o valores mobiliarios, o gravamen sobre cualquier bien, derecho o activo de la fundación, así como desembolsos o aportaciones dinerarios o en especie, cualquiera que sea su importe.

v) La aceptación de herencias, donaciones y legados en favor de la fundación.

w) La determinación de una relación general de bienes y derechos de la fundación.

x) El ejercicio de acciones judiciales y administrativas en defensa de los derechos e intereses de la fundación en las materias de su competencia.

y) Y en general, entiendo, cualesquiera otras funciones y competencias que se le reconozcan por las leyes, los estatutos de la fundación y normas de gobierno interno o códigos de conducta.

## 7. *Estructura y órganos del patronato*

En primer lugar, conviene señalar que el número de patronos debe ser razonable y ponderado conforme a los fines y acciones de la fundación. Fijar, como regla general de buen gobierno, un número máximo no nos parece adecuado. Pero sí que los estatutos o normas de gobierno deben procurar que la fundación tenga el músculo y la flexibilidad necesarios en su máximo órgano de administración.

La figura del presidente del patronato es otra figura clave en la buena gobernanza de una fundación. El cargo debería ser ejercido al estilo de ese *non-executive chairman* anglosajón importado de las sociedades británicas, con una clara función moderadora e impulsora del debate dentro del seno del patronato. Personalidad fomentadora de la participación ante el resto de

miembros del patronato o consejo y, especialmente, una figura como un árbitro para cumplir escrupulosamente la hoja de ruta del orden del día.

Entiendo que correspondería al presidente, además de las funciones y facultades que tiene atribuidas por disposición de la ley y de los estatutos de la fundación, las siguientes:

- a) Ostentar la representación del patronato, siempre que este no la hubiere otorgado expresamente a otro de sus miembros para actos concretos y específicos.
- b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias, así como el establecimiento del orden del día teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros, formuladas con la suficiente antelación.
- c) Presidir las sesiones, dirigir y moderar el desarrollo de los debates conforme al orden del día y horario establecidos, así como suspenderlos por causas justificadas, sometiendo a votación los acuerdos y proclamando el resultado de las votaciones.
- d) Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos.
- e) Velar por la correcta ejecución y cumplimiento de los acuerdos adoptados por el patronato.
- f) Asegurar el cumplimiento de las leyes y de las normas estatutarias y de gobierno interno de la fundación.
- g) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del patronato.
- h) Ejercer cualesquiera otras funciones que legal o estatutariamente le sean atribuidas o que sean inherentes a su condición de presidente del patronato.

En caso de vacante, ausencia, incapacidad o enfermedad del presidente, sus funciones serían asumidas por el vicepresidente y, en su defecto, por el miembro del patronato de mayor antigüedad y, en caso de haber varios de la misma antigüedad, por el de mayor edad.

Aparte de esta delimitación de las funciones presidenciales, sería deseable la creación dentro del seno del patronato y de su estructura y órganos, de comités o comisiones delegadas del propio órgano de gobierno, como pueden ser:

- Comité ejecutivo: órgano más reducido, para que entre sesiones del patronato realice una supervisión y seguimiento estrecho de la misión y planes de la entidad, en colaboración con su director ejecutivo y *staff*.

- Comisión de auditoría y control interno sobre aspectos contables, financieros, riesgos, etc. Formado por mayoría de patronos con conocimiento financiero y en control de riesgos.
- Comisión de nombramientos, retribuciones y buen gobierno de la entidad: selección y nombramiento de patronos, alta dirección, política de RRHH, remuneración de directivos, resolución de conflictos de interés, operaciones vinculadas, prevención de la responsabilidad penal y marco ético e incidencias.

En cuanto a su organización, las reuniones del patronato deberían ser necesariamente periódicas, considerando como un buen número el de cuatro al año, una por trimestre como mínimo.

En la última reunión del patronato que sirva de cierre del ejercicio, debería aprobarse el calendario de reuniones del pleno y de las respectivas comisiones (si las hubiera).

## ***8. Derechos y facultades de los patronos***

Dentro de un buen modelo de gobierno de la fundación, correspondería a los miembros del patronato los siguientes derechos y facultades:

- a) Que le sea remitida, con una antelación mínima de siete días, la convocatoria, conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros del patronato y, en su caso, deberá enviarse, con la misma antelación. El anterior plazo podrá reducirse a cinco días, siempre que hayan transcurrido menos de dos meses desde la celebración de la anterior sesión.
- b) Participar en los debates de las sesiones, ajustándose al orden del día y horario previstos.
- c) Ejercer su derecho de voto y expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. Asimismo, siempre que vote en contra y así lo anuncie en el mismo acto de la sesión, los miembros del patronato podrán formular voto particular.
- d) Formular ruegos y preguntas.
- e) Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.
- f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.
- g) Los miembros del patronato se hallarán investidos de la facultad para informarse sobre cualquier aspecto de la gestión de la fundación, para examinar sus libros, registros, documentos y demás antecedentes de su actividad.

El ejercicio de las facultades de información podría canalizarse a través del presidente del patronato o, en su caso, en la sesión del patronato.

h) No remuneración

Todos los cargos del patronato, desempeñados por patronos, serán gratuitos. Los patronos tendrán, no obstante, derecho a los gastos que hubiesen de efectuar para asistir a las reuniones del patronato de la fundación y a aquellos otros que se les ocasionen en el cumplimiento de cualquier misión concreta que se les confiera por el patronato, en nombre o en interés de la fundación.

## **9. *Deberes de los miembros del patronato***

La función de los miembros de un patronato es concurrir a la función general de gobierno y administración de la fundación, así como de supervisión y control de la gestión de sus órganos directivos.

En el desempeño de estas funciones, los miembros del patronato deberán obrar con la diligencia de un representante leal.

Esa lealtad con la fundación hace quedar al patrono especialmente obligado a:

- Informarse y preparar adecuadamente las reuniones del patronato y de los órganos delegados a los que pertenezca.
- Asistir a las reuniones de los órganos de que forme parte y participar activamente en las deliberaciones a fin de que su criterio contribuya efectivamente en la toma de decisiones.

En el caso de que, por causa justificada, no pueda asistir a las sesiones a las que ha sido convocado, deberá en su caso instruir al patrono que haya de representarlo.

- Interesar la asistencia a las sesiones del patronato de cualquier miembro del equipo de dirección o del personal de la fundación, así como recabar la presencia y el asesoramiento de técnicos, asesores, auditores o de cualesquiera otros profesionales independientes.

- Realizar cualquier cometido específico que le encomiende el patronato y se halle razonablemente comprendido en su compromiso de dedicación.

El patrono deberá guardar secreto de las deliberaciones del patronato y de los órganos delegados de que forma parte, y se abstendrá de revelar informaciones o poner en conocimiento de terceros informaciones o documentos a los que haya tenido acceso por razón de su cargo.

La obligación de confidencialidad subsistirá aun cuando haya cesado en el cargo.

Respecto a la prohibición de desempeñar determinados cargos, los patronos electivos no deberían desempeñar cargos que nombre directamente, por su propia iniciativa, el patronato, o estén sujetos a su control inmediato, salvo aquello que por su carácter institucional, representativo y gratuito sean compatibles, de conformidad con lo previsto en las normas que resulten de aplicación.

En el caso de que los patronos ejerzan en la fundación actividades profesionales compatibles con su condición, lo harían en los términos contratuales previstos con carácter general para el supuesto de naturaleza y categoría que en cada caso les corresponde, y siempre previa declaración de posibles conflictos de interés ante el patronato.

#### **10. *Especial referencia a los conflictos de interés*<sup>11</sup>**

Se considera que existe conflicto de interés en aquellas situaciones en las que entren en colisión, de manera directa o indirecta, el interés personal del patrono y los intereses de la fundación. Existirá interés personal del patrono cuando el asunto afecta directamente al patrono o a una persona a él vinculada.

- Tendrán la consideración de «personas vinculadas» al patrono las siguientes:
- a) El cónyuge del patrono o la persona con análoga relación de afectividad.
  - b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del patrono o del cónyuge (o persona con análoga relación de afectividad) del patrono.
  - c) Los cónyuges (o personas con análoga relación de afectividad) de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del patrono.
  - d) Las entidades en las que el patrono o sus respectivas personas vinculadas, por sí o por persona interpuesta, se encuentren en alguna de las situaciones de control establecidas en la ley.
  - e) Las sociedades o entidades en las que el patrono o cualquiera de sus personas vinculadas, por sí o por persona interpuestas, ejerza un cargo de

---

<sup>11</sup> Para una mayor aproximación, ver mi trabajo LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., «Los conflictos de interés dentro del patronato», en *Buen gobierno de las fundaciones*, SÁNCHEZ GALÁN/MARTÍNEZ GARRIDO (coords.), La Ley, 2015, pp. 273-302.

administración o dirección o de las que perciba emolumentos por cualquier causa, siempre que, además, el patrono ejerza, directa o indirectamente, una influencia significativa en las decisiones financieras y operativas de dichas sociedades o entidades.

En relación con los posibles conflictos de interés, los patronos observarían las siguientes reglas de actuación:

- a) Comunicación al patronato, a través de su presidente o del secretario, de cualquier situación de conflicto de interés en que se encuentre.
- b) El patrono debería ausentarse de la reunión durante la deliberación y votación de aquellos asuntos en los que se halle incurso en conflicto de interés, descontándose del número de miembros asistentes a efectos del cómputo de *quorum* y de las correspondientes mayorías.

En la anterior comunicación, el patrono deberá indicar:

- Si el conflicto de interés le afecta personalmente o a través de una persona a él vinculada, identificándola en su caso.
- La situación que da lugar al conflicto de interés, detallando, en su caso, el objeto y las principales condiciones de la operación o decisión proyectada.
- El importe o evaluación económica aproximada.

Los patronos de la fundación no podrían dar ni aceptar regalos u obsequios, en el ejercicio de su cargo, de tal relevancia que sean susceptibles de constituir un conflicto de interés por afectar a la libertad e independencia con la que deben ejercer su cargo. Esta prohibición no sería de aplicación cuando los obsequios o regalos bien sean de escaso valor económico; bien respondan a signos de cortesía habituales; o bien no estén prohibidos por la ley o las prácticas generalmente aceptadas en entidades deanáloga naturaleza.

El patrono, entiendo, no podrá aprovechar, en beneficio propio o de personas vinculadas, una oportunidad de negocio de la fundación, a no ser que la inversión u operación hubiera sido ofrecida previamente a la fundación, que esta hubiera desistido de explotarla sin mediar influencia del patrono y que el aprovechamiento de la operación por el patrono sea autorizado por el patronato.

El patrono no podrá utilizar el nombre de la fundación ni invocar su cargo en la misma para realizar operaciones por cuenta propia o de personas vinculadas.

En todo caso, los patronos deberían abstenerse en los términos señalados en el apartado anterior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se establezca una relación contractual entre la fundación y el patrono, personas vinculadas a él, o sociedades en las que los anteriores desempeñen un puesto directivo o tengan una participación significativa.
- b) Cuando se fije una retribución por los servicios prestados a la fundación, distintos de los que implica el desempeño de las funciones que le corresponden como miembro del patronato.
- c) Cuando se entable acción de responsabilidad contra él.

Estas disposiciones previstas resultarían igualmente de aplicación a los cargos directivos de la fundación. Entendemos que también serán de aplicación al secretario del patronato en todo aquello que resulte adecuado a la naturaleza de su cargo.

## **11. Sobre la evaluación del patronato**

Una de las acciones para mejorar el buen gobierno de las fundaciones sería proceder, a instancia del presidente y con la ayuda del alto personal directivo, a evaluar al patronato. Esta acción podría hacerse por personal externo o a través de una autoevaluación del patronato.

En general, se trata de analizar en un informe cualitativo o cuantitativo cómo se han cumplido en el período que se evalúe, la misión, los objetivos propuestos, el número de reuniones, la presencia en las reuniones de los patronos, la valoración del primer directivo, etc.

## **12. La dirección de la fundación**

El director de la fundación es el primer empleado del patronato. El patronato aprueba las políticas y el responsable de ejecutarlas/rendir cuentas es su director. De él, de su diligencia personal y al frente del equipo, dependerá en gran parte el éxito o el fracaso de la misión fundacional.

El patronato debe designar, normalmente a propuesta del presidente, un director general de la fundación, que asumirá la gerencia, dirección y gestión técnica ordinaria de la misma.

El director ejercerá con carácter general la iniciativa sobre los asuntos que deban someterse a consideración del patronato para su deliberación y posterior aprobación o aceptación en su caso, mediante la formulación de las

correspondientes propuestas, salvo que se trate de materias cuya iniciativa corresponda directamente al presidente del patronato o, en su caso, a los patronos.

Las propuestas sobre asuntos que deban someterse a la aprobación o aceptación del patronato deberían acompañarse de una memoria explicativa, de los estudios e informes justificativos sobre la necesidad y oportunidad de la misma y de los documentos acreditativos del proceso seguido para la formación de la voluntad, así como de una memoria o informe económico que contemplara, en su caso, la estimación del coste a que dará lugar y sus consecuentes repercusiones presupuestarias, salvo que por la naturaleza del asunto o de su escasa significación, tales exigencias puedan no resultar necesarias.

Las propuestas que se sometan a la consideración del patronato por el director, deberían ser concretas, claras y precisas, y deberían ser expresamente incluidas en el correspondiente orden del día mediante indicaciones y referencias suficientemente expresivas del asunto de que se trata.

Asimismo, las propuestas relativas a asuntos que se sometan al patronato desde la dirección, deberían figurar redactadas por escrito, e ir acompañadas de la información, los documentos y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre los mismos y deberá además verificarse que se ha dado cumplimiento a las exigencias de procedimiento anteriormente señaladas.

La información, documentos y antecedentes que acompañen a las propuestas deberían estar a disposición de los miembros del patronato, y en su caso, distribuirse a los mismos, con la antelación mínima que necesariamente debe preverse.

Las propuestas de aprobación o aceptación que versen sobre materias o asuntos que por su especial significación, trascendencia o complejidad requieran de un estudio detenido, no deberían ser aprobadas o aceptadas en la misma sesión en que se formulan, debiendo posponerse la deliberación sobre el particular a una sesión posterior, o comenzarse la deliberación pero diferiendo la eventual toma de decisión a una posterior sesión, a no ser que razones excepcionales de urgencia suficientemente justificadas obliguen a tomar una decisión en la misma sesión.

A estos efectos, y con carácter meramente enunciativo y no exhaustivo, se considerarían asuntos de especial significación o trascendencia la aprobación de los presupuestos, de las cuentas y de los balances, las propuestas de contratos, actos o negocios de administración o disposición del patrimonio o de gasto que superen la cuantía que se fije, así como los nombramientos del propio director general y demás directivos de la fundación.

Cuando las propuestas que se sometan al patronato así lo requieran, este podrá requerir la asistencia a sus sesiones y a prestarle su colaboración y acceso a la información de que disponga, a cualquier miembro del equipo directivo o del personal de la fundación que fuese requerido a tal fin.

También podría requerirse desde el patronato la asistencia a sus sesiones de los auditores de cuentas de la fundación, así como recabar el asesoramiento de letrados y de otros profesionales independientes, cuyo trabajo se rendirá directamente al patronato.

El director de la fundación tendrá las funciones y competencias que se le asignen por el patronato de la fundación con el fin de ejercer las funciones de dirección, gestión, coordinación y ejecución de las actividades de la misma.

En particular, corresponderían a un director general las siguientes funciones mínimas:

- a) La dirección y coordinación de las actividades y servicios de la fundación.
- b) La gestión técnica ordinaria de los servicios propios de la fundación.
- c) La formulación de propuestas sobre acuerdos o decisiones que deban adoptarse por el patronato de la fundación en las materias de su competencia, sin perjuicio de las facultades que en este orden corresponden al presidente, a los patronos o, en su caso, a otros órganos específicos de la fundación.
- d) La propuesta de las políticas, estrategias y planes generales de actuación, cuya aprobación corresponde al patronato, así como su posterior ejecución y desarrollo.
- e) El desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el presupuesto aprobado por el patronato, disponer gastos y concertar operaciones de crédito dentro de los límites de su competencia, ordenar pagos y rendir cuentas ante el patronato de la gestión económica de la fundación.
- f) El desarrollo de la política de recursos humanos y de la plantilla de personal aprobada por el patronato, y la aplicación del sistema de retribuciones.
- g) El nombramiento de puestos de gerencia, dirección y gestión que no estén expresamente reservados a la competencia del patronato.
- h) La contratación del personal de la fundación y su separación dentro de los límites de su competencia.
- i) La jefatura del personal de la fundación.

j) La contratación de obras, servicios, suministros o de cualquier otro objeto dentro de los límites de su competencia y poderes.

k) La aprobación de los proyectos de obras, servicios o suministros cuando sea competente para su contratación y estén previstas en el presupuesto.

l) La aprobación de los actos y negocios relativos a la adquisición y enajenación de bienes y derechos dentro de los límites materiales y económicos de su competencia (excluida la de aquellos que se refieran a bienes inmuebles y al gravamen de bienes, derechos o activos de la fundación).

m) El ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa de los derechos e intereses de la fundación en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otros órganos y, en caso de urgencia, en materia de la competencia del patronato, en este último supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que se celebre para su ratificación.

n) El aseguramiento de la ejecución y cumplimiento de los acuerdos adoptados por el patronato de la fundación, sin perjuicio de la competencia del presidente.

o) Las demás que expresamente le atribuyan las leyes, los estatutos y las posibles normas internas de gobierno de la fundación.

p) Cualesquiera otras atribuciones que puedan considerarse dirección, coordinación y gestión técnica de la fundación, siempre que no estén expresamente atribuidas al patronato o a otros órganos de la fundación.

Quedaría prohibida la subdelegación del ejercicio de las competencias por el director en órganos inferiores, salvo autorización o salvedad del patronato.

### **13. Derecho de los donantes de la fundación**

La figura del donante resulta hoy clave en un sector fundacional tan necesitado de apoyos personales y patrimoniales más allá de la clásica estructura de la subvención administrativa o del sustento por el tradicional filántropo. De ahí que sea necesario en el modelo de buen gobierno fundacional, tener claro que en el caso de los donantes estamos ante un decisivo grupo de interés.

De ahí que el donante o aportador a la fundación deba estar informado de la misión de la entidad, así como conocer cuál es el modelo de buen gobierno de la organización. Sin olvidar no solo ofrecerle garantías de que su aportación será destinada al fin fundacional, sino que también se hace hoy más necesario que nunca, ofrecerle transparencia sobre quiénes forman los

órganos de gobierno, el origen y destino de los fondos, la rendición de la información económico-financiera o el alcance de la auditoría externa.

En esa dirección se hace necesario, dentro de la política de transparencia de la web de la fundación, abrir un apartado especial para los donantes, de tal manera que puedan recibir aquella información referida en el párrafo anterior.

#### **14. *El voluntariado fundacional: qué hacer***

En tiempos de escasez de recursos, ya sea vía donaciones o subvenciones, para las fundaciones, la figura del voluntario y su implicación en las actividades de la fundación resulta clave.

Voluntario es la persona que presta sus servicios en régimen de voluntariado y tiene firmado un «contrato» como voluntario. No percibe ninguna remuneración y los derechos y obligaciones están en la ley de voluntariado de la comunidad autónoma que se trate o en la legislación nacional<sup>12</sup>, así como en los modelos que firman de incorporación a los programas de voluntariado.

Cualquier organización fundacional que se precie debe promover la participación de voluntarios en sus actividades.

Para ello, primeramente, debe fijar cuáles son las actividades que pueden hacerse por voluntarios.

El perfil de búsqueda de voluntarios sería otro punto, así como establecer el plan de formación y aseguramiento de sus actividades por voluntarios.

Serían derechos de los voluntarios<sup>13</sup>:

a) Recibir regularmente durante la prestación de su actividad, información, orientación y apoyo, así como los medios materiales necesarios para el ejercicio de las funciones que se les encomienden.

b) Recibir en todo momento, a cargo de la entidad de voluntariado, y adaptada a sus condiciones personales, la formación necesaria para el correcto desarrollo de las actividades que se les asignen<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado.

<sup>13</sup> [www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/.../ModeloincorporaciOnvoluntario.doc](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/.../ModeloincorporaciOnvoluntario.doc).

<sup>14</sup> Los voluntarios de cooperación para el desarrollo deberán ser informados de los objetivos de su actuación, el marco en el que se produce, los derechos y deberes, el derecho a la acreditación oportuna, así como de la obligación de respetar las leyes del país de destino.

Además tendrán derecho a las exenciones fiscales, inmunidades y privilegios que se deriven de los acuerdos internacionales sobre la materia, suscritos por España.

- c) Ser tratado en condiciones de igualdad, sin discriminación, respetando su libertad, identidad, dignidad y los demás derechos fundamentales reconocidos en los convenios, tratados internacionales y en la Constitución.
- d) Participar activamente en la organización en que se inserten, colaborando en la elaboración, diseño, ejecución y evaluación de los programas o proyectos, de acuerdo con sus estatutos o normas de aplicación y, en la medida que estas lo permitan, en el gobierno y administración de la entidad de voluntariado.
- e) Estar cubiertos, a cargo de la entidad de voluntariado, de los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente del ejercicio de la acción voluntaria y de responsabilidad civil en los casos en los que la legislación sectorial lo exija, a través de un seguro u otra garantía financiera.
- f) Ser reembolsado por la entidad de voluntariado de los gastos realizados en el desempeño de sus actividades, de acuerdo con lo previsto en el acuerdo de incorporación y teniendo en cuenta el ámbito de actuación de voluntariado que desarrolle.
- g) Disponer de una acreditación identificativa de su condición de voluntarios en la que conste, además, la entidad de voluntariado en la que participan.
- h) Realizar su actividad de acuerdo con el principio de accesibilidad universal adaptado a la actividad que desarrolle.
- i) Obtener reconocimiento de la entidad de voluntariado, por el valor social de su contribución y por las competencias, aptitudes y destrezas adquiridas como consecuencia del ejercicio de su labor de voluntariado.
- j) Que sus datos de carácter personal sean tratados y protegidos de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- k) Cesar en la realización de sus actividades como voluntarios en los términos establecidos en el acuerdo de incorporación.

Por su parte, los voluntarios estarían obligados a<sup>15</sup>:

- a) Cumplir los compromisos adquiridos con las entidades de voluntariado en las que se integren, reflejados en el acuerdo de incorporación, respetando los fines y estatutos de las mismas.
- b) Guardar la debida confidencialidad de la información recibida y conocida en el desarrollo de su acción voluntaria.

---

<sup>15</sup> [www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/.../ModeloIncorporacionVoluntario.doc](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/.../ModeloIncorporacionVoluntario.doc).

- c) Rechazar cualquier contraprestación material o económica que pudieran recibir bien de las personas destinatarias de la acción voluntaria, bien de otras personas relacionadas con su acción voluntaria.
- d) Respetar los derechos de las personas destinatarias de la acción voluntaria.
- e) Actuar con la diligencia debida y de forma solidaria.
- f) Participar en las tareas formativas previstas por la entidad de voluntariado para las actividades y funciones confiadas, así como en las que con carácter permanente se precisen para mantener la calidad de los servicios que presten.
- g) Seguir las instrucciones de la entidad de voluntariado que tengan relación con el desarrollo de las actividades encomendadas.
- h) Utilizar debidamente la acreditación personal y los distintivos de la entidad de voluntariado.
- i) Respetar y cuidar los recursos materiales que ponga a su disposición la entidad de voluntariado.
- j) Cumplir las medidas de seguridad y salud existentes en la entidad de voluntariado.
- k) Observar las normas sobre protección y tratamiento de datos de carácter personal de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y demás normativa de aplicación.

Por su parte la fundación, como entidad de voluntariado, tendría los siguientes derechos<sup>16</sup>:

- a) Seleccionar a los voluntarios, sin discriminación alguna por razón de sexo, identidad sexual, orientación sexual, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, convicciones ideológicas o sindicales, discapacidad, edad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de acuerdo con los fines u objetivos de la entidad, la naturaleza y características del cometido a desarrollar y las normas establecidas en su estatuto de funcionamiento interno.
- b) Suspender la actividad de los voluntarios cuando se vea perjudicada gravemente la calidad o los fines de los programas de la entidad por su causa, o infrinjan gravemente el acuerdo de incorporación.
- c) Concurrir a las medidas de fomento de la acción voluntaria establecidas por las administraciones públicas o entidades privadas y recibir las me-

---

<sup>16</sup> [www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/.../ModeloincorporaciOnvoluntario.doc](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/.../ModeloincorporaciOnvoluntario.doc).

didas de apoyo material y técnico, orientadas al adecuado desarrollo de sus actuaciones.

d) Participar a través de las federaciones, confederaciones o uniones de entidades de voluntariado en el diseño y ejecución de las políticas públicas de la Administración General del Estado.

e) Cualesquiera otros derechos reconocidos por el resto del ordenamiento jurídico referidos a la acción voluntaria.

En todo caso, la fundación estaría obligada a<sup>17</sup>:

a) Elaborar sus propias normas de funcionamiento interno de acuerdo a principios democráticos, participativos y de transparencia.

b) Formalizar el acuerdo de incorporación con los voluntarios y cumplir los compromisos adquiridos.

c) Suscribir una póliza de seguro u otra garantía financiera, adecuada a las características y circunstancias de la actividad desarrollada por los voluntarios, que les cubra de los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente de la actividad voluntaria<sup>18</sup>.

d) Cubrir los gastos derivados de la prestación del servicio y, en su caso, reembolsar a los voluntarios, los gastos que les ocasiona el desarrollo de su actividad, en las condiciones acordadas en el acuerdo de incorporación y adaptadas al ámbito de actuación de voluntariado que desarrolle, así como dotarle de los medios materiales necesarios para el cumplimiento de sus cometidos<sup>19</sup>.

e) Establecer sistemas internos de información y orientación adecuados sobre los fines, el régimen de funcionamiento de la entidad de acción voluntaria, la realización de las tareas que sean encomendadas a los voluntarios y la delimitación de dichas tareas con las funciones propias de los profesionales de las entidades.

f) Proporcionar a los voluntarios, de manera regular y de acuerdo con sus condiciones personales, la formación necesaria, tanto básica como específica, para el correcto desarrollo de sus actividades.

---

<sup>17</sup> [www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/.../ModeloIncorporacionVoluntario.doc](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/.../ModeloIncorporacionVoluntario.doc).

<sup>18</sup> En el caso de voluntarios de cooperación para el desarrollo, el seguro deberá realizarse también a favor de los familiares directos que se desplacen con el voluntario.

<sup>19</sup> En el caso de voluntarios de cooperación para el desarrollo, este acuerdo deberá contemplar los recursos necesarios para hacer frente a las necesidades de subsistencia en el país de destino.

g) Facilitar la participación de los voluntarios en la elaboración, diseño, ejecución y evaluación de los programas en que intervengan y, en la medida que lo permita la normativa de aplicación, en los procesos de gestión y toma de decisiones de la entidad de voluntariado.

h) Efectuar el seguimiento y evaluación de las actividades programadas, garantizando la consecución de los objetivos previstos conforme a los principios de eficacia y rentabilidad social.

i) Facilitar a los voluntarios una acreditación que les habilite e identifique para el desarrollo de su actividad, donde conste la entidad de voluntariado en la que realiza la acción voluntaria.

j) Exigir el consentimiento o en su caso la autorización expresa y por escrito de los progenitores, tutores o representantes legales de los voluntarios menores de edad<sup>20</sup>.

k) Expedir a los voluntarios un certificado indicando la duración y las actividades efectuadas en los programas en los que han participado.

l) Cumplir la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y demás normativa de aplicación respecto al tratamiento y protección de datos de carácter personal de los voluntarios o de las personas destinatarias de las actividades de voluntariado.

La fundación llevará un registro de altas y bajas del personal voluntario.

La fundación responderá frente a terceros por los daños y perjuicios causados por los voluntarios que participen en sus programas, como consecuencia de la realización de actuaciones de voluntariado, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y demás normativa de aplicación, pudiendo suscribir a tal efecto una póliza de seguro u otra garantía financiera que cubra la responsabilidad civil, lo que será obligatorio cuando la normativa sectorial lo exija.

Los conflictos que surjan entre los voluntarios y las entidades de voluntariado en el ejercicio de las actividades propias de voluntariado se dirimirán

---

<sup>20</sup> Los menores de edad podrán tener la condición de voluntarios siempre que se respete su interés superior de acuerdo con lo previsto en la legislación de aplicación y cumplan los siguientes requisitos:

a) Los mayores de 16 y menores de 18 años deberán contar con el consentimiento de sus progenitores, tutores o representantes legales.

b) Los menores de 16 años y mayores de 12 podrán llevar a cabo acciones de voluntariado si cuentan con la autorización expresa de sus progenitores, tutores o representantes legales en la que se valorará si aquellas perjudican o no su desarrollo y formación integral.

por vía arbitral de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, si así se ha pactado en el acuerdo de incorporación y, en defecto de pacto, por la jurisdicción competente, de acuerdo con lo establecido en las normas procesales.

En todo caso la relación entre el voluntario y la fundación quedará sujeta a lo dispuesto en la citada Ley 45/2015, o normativa autonómica en su caso, y a las disposiciones reglamentarias de desarrollo que en su momento se aprobaran.

### **15. *El papel de la comunicación transparente***

Otro elemento clave en el modelo de buen gobierno fundacional es poseer una correcta y moderna política de comunicación. Durante mucho tiempo, ha sido inexistente u opaca. Esto debe cambiar radicalmente, pues en muchos casos las fundaciones siguen siendo, no sólo en España, unas perfectas desconocidas<sup>21</sup>.

No hace mucho, la asociación que presidió tuvo que ponerse en contacto con una fundación que posee uno de los teatros más bellos y antiguos de Madrid, espacio escénico hoy arrendado, pero de titularidad de esta fundación que tiene además un conocido y exitoso colegio en Madrid.

Nos resultó imposible conocer sus fines, su gobierno, patronos, dirección, staff si lo hubiera, domicilio, etc. Ni rastro. Era, siguiendo el símil del teatro, como un telón corta fuegos. Brillaba por su ausencia. Una fundación que recibía un trato fiscal favorable por la sociedad y vivía completamente de espaldas a ella.

El teatro ya no es suyo. Pero es un ejemplo de una política nula en comunicación. Y eso debe cambiar.

Las fundaciones deben compartir su modelo de gobierno, quienes las gobiernan, su naturaleza, la visión, la misión, los valores o principios, cumplimiento de formalidades legales, rendición de cuentas financieras, políticas de responsabilidad social, canales de información y respuesta, e incluso el grado de alcance de su múltiple o escasa actividad.

Si así lo hacen pueden lograr un ambiente y ámbito favorable para captar recursos públicos e influir en la toma de decisiones de los sectores o grupos de interés de la fundación.

---

<sup>21</sup> Ver la tesis doctoral presentada por CORRAL LAGE, J., *La transparencia en la emisión de información de las entidades sin fines de lucro*, Universidad País Vasco, Bilbao, 2014.

De ahí que toda fundación debería tener una web accesible, redes sociales y otros canales de diálogo con grupos de interés. Y anualmente publicar un informe homologado como el que primueve la Global Reporting Initiative (GRI) para empresas socialmente responsables<sup>22</sup>.

## 16. *La estrategia en responsabilidad social de la fundación*

Toda fundación que se precie debe presentar, dentro de su modelo de buen gobierno, un proyecto que siente las bases para el diseño y desarrollo de un modelo de responsabilidad social corporativa (RSC) específico, que debe estar alineado con su misión, visión, ideario y estrategia anual. No solo las empresas deben estar alineadas con la RSC, sino que también es una responsabilidad extensible al tejido fundacional.

Los objetivos principales de una estrategia de RSC podrían ser:

- Coordinar y adoptar un modelo de gestión que incluya la medición y seguimiento de las iniciativas actuales y de futuro de la fundación vinculadas a la RSC.
- Convertir la RSC de la fundación en una palanca más que acompañe y facilite la implantación de los actuales y futuros objetivos de la institución.
- Generar iniciativas reconocibles por todas las personas que trabajan en la fundación y por sus grupos de interés que incrementen el orgullo de pertenencia y fortalezcan el rol de la fundación como agente social del cambio.
- Fomentar las conversaciones con todos los grupos de interés de la fundación para orientar las futuras acciones de RSC y así dar respuestas adecuadas a sus demandas.
- Comunicar y dar a conocer externamente la política de RSC de la fundación.

La planificación podría ser la siguiente:

- Análisis del contexto: tanto interno, en el sentido de repasar la misión e ideario de la fundación y las actividades que hasta el momento está desarrollando; como externo, es decir que revise las tendencias en materia de RSC y haga un *benchmarking* del sector fundacional de que se trate y las prácticas que otras fundaciones realicen en materia socialmente responsable.
- Definición del plan de RSC: en cuanto a áreas y a líneas estratégicas.

---

<sup>22</sup> <http://www.globalreporting.org/ReportingFramework/ReportingFrameworkDownloads>.

- Aprobación del plan por la dirección y el patronato.
- Plan de comunicación interna y externa para su diseminación.
- Proceso de implantación, priorizando las líneas estratégicas y los planes de acción, planificando el desarrollo de cada línea estratégica.
- Seguimiento y comunicación: informe de sostenibilidad de la fundación y medición de indicadores de RSC conforme al GRI.

Como líneas estratégicas del plan pueden establecerse:

- Creación de valor.
- Diálogos con grupos de interés.
- Acción social.
- Buen gobierno y transparencia + ética.
- Cadena de valor.
- Medioambiente.
- Movilidad.
- Conciliación.
- Accesibilidad.
- Voluntariado.
- Innovación.

El plan debería ser gobernado a través de un comité transversal llamado de sostenibilidad o de RSC, del que formen parte las áreas de la fundación afectadas en su buen cumplimiento, bajo la supervisión, y siempre que estuviera creada en el seno del patronato, de la comisión de buen gobierno, nombramientos y retribuciones, y, de no existir, por el pleno de aquel.

## **17. Cumplimiento para fundaciones de los requisitos de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**

El artículo 3 de esta Ley 19/2013 establece la aplicación del contenido de esta norma a las entidades privadas, entre ellas las fundaciones, que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

Por su parte el artículo 2.1, h) extiende también el ámbito de aplicación a las fundaciones del sector público.

El artículo 8.2 señala, por su parte, la obligación para la fundación de hacer público los contratos o convenios celebrados con una Administración Pública. Asimismo, las fundaciones afectadas habrán de publicar las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea también una Administración Pública.

Se propone, como regla de buen gobierno, ir más allá y no solo publicar la información contenida en el artículo 8.2, sino incluir en la web de la fundación un nuevo apartado: «Transparencia». Se propone que la entidad no lucrativa tenga un papel ejemplarizante, eficaz y eficiente en materia de transparencia haciendo pública, además, la siguiente información:

- El procedimiento de contratación y compras donde se recogerán, entre otros, los criterios de selección y evaluación de proveedores.
- Los procedimientos de selección y contratación de personal laboral docente y no docente.
- La memoria de la fundación.
- La memoria económica donde se informe de dónde se obtienen los medios económicos, cómo se utilizan y para qué fines. Estos datos se deben ofrecer con el máximo rigor y claridad posibles.
- Cuentas anuales: es importante señalar que la Asociación Española de Fundaciones exige a las entidades que formen parte de su Junta Directiva la publicación de sus cuentas anuales en su web o en la de propia Asociación.
- El Código de buen gobierno o ético de la entidad, así como los canales de denuncias respectivos.

#### **IV. La responsabilidad por el mal gobierno de la fundación**

##### **1. *La responsabilidad de patronos frente a la fundación y acción en interés fundacional***

El artículo 17 de la Ley de Fundaciones 50/2002 se refiere lacónicamente a la responsabilidad en que pueden incurrir los patronos frente a la fundación<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Artículo 17. Responsabilidad de los patronos.

«1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

Los patronos deben desempeñar su cargo, no remunerado, con la diligencia de un «representante leal», respondiendo solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la propia ley o a los estatutos, o por no haber obrado con la diligencia debida a su cargo<sup>24</sup>.

Esta clase de responsabilidad se circunscribe al ámbito civil, respondiendo de los daños y perjuicios causados, como si fuera la propia de una obligación contractual (art. 1101 CC). La responsabilidad de los patronos es de tipo contractual frente a la fundación desde el momento en el que el patrono acepta voluntariamente el cargo.

La legislación estatal actual en materia de fundaciones, frente a la derogada Ley 30/1994, ha elevado el listón de la responsabilidad del patrono disidente, pues ahora no basta con ausentarse, sino que para exonerar su responsabilidad se necesita la oposición expresa del patrono, y desde el mismo momento que toma noticia de la adopción del acto dañoso para la fundación con el que no está de acuerdo.

Es importante referirse en este punto a la llamada acción fundacional de responsabilidad o acción en interés de la fundación por responsabilidad de los patronos frente a la fundación. Esta se dirige contra los patronos que

---

2. Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

3. La acción de responsabilidad se entablará, ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación:

a) Por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado.  
b) Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 35.2.  
c) Por los patronos disidentes o ausentes, en los términos del apartado 2 de este artículo, así como por el fundador cuando no fuere Patrono».

<sup>24</sup> La normativa autonómica de Andalucía, Canarias, Castilla y León y Galicia contiene previsiones sustancialmente idénticas (arts. 25 Ley 10/2005, 16 Ley 2/1998, 16 Ley 13/2002 y 22 Ley 12/2006, respectivamente).

La normativa del País Vasco, en esta dirección, establece que el patrono está obligado a administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según los criterios económico financieros de un «buen gestor» y servir el cargo con la diligencia de un «representante leal». La normativa catalana, por su parte, establece que los patronos deben ejercer sus funciones con la diligencia de un «buen administrador», de acuerdo con la ley y los estatutos, y servir al cargo con lealtad a la fundación, actuando siempre en interés de esta (art. 332-8 CCC).

hayan causado un daño al patrimonio de la fundación. Está recogida en el artículo 17.3 de la Ley 50/2002 y se entablará frente a la autoridad judicial, por el propio patronato, el protectorado, los patronos disidentes, o el propio fundador cuando no sea patrono.

Su finalidad persigue que se repare íntegramente el daño causado. En este sentido, nos recuerda a la llamada acción social de responsabilidad del mundo societario<sup>25</sup>.

## **2. La llamada responsabilidad penal de la fundación: prevención y control**

La fundación, como persona jurídica que es, también ha quedado afectada por la nueva regulación que en 2015 se ha dado a nuestro Código Penal, al introducir en su artículo 31 bis la llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. A fin de cuentas qué es una fundación sino una persona de esta naturaleza.

El objetivo de la reforma del Código Penal es establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas para que en este caso las fundaciones colaboren en la prevención y el descubrimiento de los delitos señalados por el Código Penal que dan lugar a la responsabilidad penal, instaurando mecanismos internos que impidan que las mismas respondan penalmente.

El desempeño de la actividad de vigilancia y seguridad conlleva la obligación de cumplir con la normativa reguladora que sea aplicable. El desarrollo normativo de los últimos tiempos ha ido incorporando al ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica una serie de obligaciones que conllevan la necesidad de establecer medidas de control interno para asegurar el cumplimiento de su personal, de concretas obligaciones (riesgos laborales, ley de seguridad privada, protección de datos, etc.).

El artículo 31.1 bis del Código Penal incorpora la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de determinados delitos en los siguientes supuestos:

- Los delitos cometidos, en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la

---

<sup>25</sup> Recogida en el artículo 238 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

• Los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las personas jurídicas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar hechos punibles por haberse incumplido gravemente por aquéllos, los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso.

La persona jurídica responderá penalmente en ambos escenarios, siendo necesario recalcar que los delitos de los que surge la responsabilidad penal para la persona jurídica, deben haber sido cometidos en beneficio directo o indirecto de la misma y a consecuencia de no haberse ejercido el debido control.

La responsabilidad penal de la persona jurídica será exigible siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en los supuestos anteriores, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

Se incorpora, de este modo, al ordenamiento penal la obligación de las personas jurídicas de ejercer un debido control sobre su actividad y las actuaciones de su personal, para intentar evitar que se puedan llevar a cabo actividades que impliquen riesgo penal.

De esta manera cabe destacar que la propia ley prevé una atenuación de la pena a las personas jurídicas que denuncien los delitos que hayan podido cometerse en su seno o colaboren activamente en su investigación, lo que redundará en un claro perjuicio a los administradores, empleados o colaboradores que hubieran podido cometer el delito y un evidente conflicto de intereses entre la defensa de las personas jurídicas y la de las personas físicas vinculadas a ella (sobre todo los administradores).

Solo se podrá condenar a una persona jurídica en aquellos delitos en los que expresamente se prevea tal posibilidad, no obstante ello, el catálogo de estos posibles delitos es exhaustivo e incluye a casi todos en los que habitualmente participan las personas jurídicas: estafa, fraude fiscal o a la Seguridad Social, cohecho, descubrimiento y revelación de secretos, delitos contra la propiedad intelectual o industrial, alzamiento de bienes, delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio y el urbanismo, blanqueo de capitales, el nuevo delito de corrupción entre particulares, etc.

Las penas abarcan desde la disolución, suspensión, clausura, imposibilidad de contratar con administraciones públicas, sanciones, etc.

Ante esta situación y desde una perspectiva de responsabilidad corporativa, parece evidente la importancia que adquiere para las personas jurídicas desarrollar un código de conducta que además de reflejar los valores y sus principios, contemple los riesgos potenciales de la organización que pueden estar sujetos a responsabilidad penal.

Se ha de partir de que el cumplimiento adecuado de este código de conducta, vinculante para todo el personal, es el mejor método para que ningún riesgo penal llegue a materializarse, por lo que dicho documento se configura como el pilar fundamental de cualquier manual de prevención del delito dentro de la fundación.

Parece recomendable entonces que un paso previo sea la elaboración por la fundación de un mapa de riesgos (legales, económicos, reputacionales, medioambientales, etc.), que permita identificar sectores, actividades, conductas potencialmente sujetas a riesgo y de esta forma tomar medidas preventivas orientadas a minimizar y a controlar los riesgos.

Tan recomendable es el código de conducta para una fundación como habilitar y garantizar un correcto funcionamiento de los canales de denuncia para posibles incumplimientos, estableciendo además un adecuado protocolo de actuación que dé respuesta en tiempo y forma a las cuestiones denunciadas.

Asimismo cobra mucha importancia garantizar una adecuada información y una formación continua vinculada al código de conducta, complementado con un adecuado control que permita conocer qué empleados han realizado su seguimiento y consecuentemente están en situación de manifestar su conocimiento, adhesión y voluntad de cumplimiento.

De ahí que para diseñar un modelo de prevención que atenúe o exima de responsabilidad penal a la fundación, deba tener en cuenta los siguientes pasos:

- 1) Elaboración de un código de conducta de la fundación.
- 2) Diseño del mapa de riesgos y establecimiento de un protocolo de control de los mismos dentro de la fundación.
- 3) Puesta en marcha de un canal de denuncias soportado por una reglamentación del mismo.
- 4) Creación dentro del seno de la organización de un órgano de control y de respuesta.

## V. Conclusión

Este trabajo ha pretendido reflexionar sobre algunas directrices para adoptar un modelo de buen gobierno en las entidades no lucrativas, especialmente en el sector fundacional.

En estos años se ha producido un gran avance en el buen gobierno de sociedades o empresas, especialmente en la gran empresa o la cotizada.

A ello ayudó la serie de grandes escándalos corporativos producidos a finales del siglo pasado y comienzos del presente, que obligó a Estados y a organismos reguladores a intervenir a través de normas o de códigos de buen gobierno con recomendaciones.

Ha sido el caso de España que ha aprobado desde 2006 dos códigos de buen gobierno de sociedades cotizadas, el último es de 2015. También se han dictado normativas en el seno de la Unión Europea e incluso en nuestro país con la reforma en diciembre de 2014 de la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo.

Frente a este impulso, llama la atención el escaso avance en materia de buen gobierno que se ha producido en el sector fundacional, regulado por una normativa estatal que se ha quedado corta a la hora de prever y regular varios ámbitos de lo que debería ser un correcto gobierno de las fundaciones.

Recorrido corto el de la ley que debe ser objeto de previa reflexión para su posterior mejora. No solo porque también se han dado algunos casos de mal gobierno que han afectado a la reputación del sector, sino también por los muchos huecos que ha dejado sin tapar la Ley 50/2002 estatal en materia de buen gobierno de las fundaciones y que las leyes autonómicas, salvo en algún punto la catalana, no han reparado.

Ante este silencio del legislador, al que no se le ve un deseo de arreglar ni esta Ley ni la de mecenazgo, es el momento de los códigos de buen gobierno o normas internas de gobierno de las fundaciones para que llenen esta carencia que presenta un sector por el que está interesado toda la sociedad y al que se le ofrece, precisamente por esa finalidad social, un trato favorable.

De ahí que este trabajo haya pretendido ir repasando los ámbitos que deberían estar regulados más allá de lo que dice la ley, a la vez que ha ido analizando nuevas formas de gestionar las fundaciones desde la transparencia en la comunicación, los derechos de donantes y voluntarios, la política de responsabilidad social, los requisitos de la nueva Ley de transparencia, o el control de la llamada responsabilidad penal de la fundación.

Será difícil algún día ver en España un código general de buen gobierno de fundaciones, al estilo de las sociedades cotizadas, dada la heterogeneidad de las más de nueve mil entidades de este tipo activas en España. Y también por la resistencia de un sector como el fundacional, muy definido por la voluntad absoluta del fundador que es reacio a que desde fuera se le ordene lo que hay que hacer.

Ello no ha sido óbice para que fundaciones empresariales españolas hayan impulsado en los últimos años códigos de buen gobierno que merecen nuestro aplauso, como también el que diversas entidades hayan señalado orientaciones o directrices para diseñarlos, o que centros de formación, como el de la AEF, hayan incluido asignaturas o contenidos sobre la materia.

Mientras el movimiento pro buen gobierno en fundaciones avanza, hemos querido aportar nuestra visión sobre diferentes aspectos o ámbitos que tienen que estar necesariamente presentes para asegurar un buen gobierno de la fundación.

Consideramos, finalmente, que esa adaptación de la gobernanza del establecimiento fundacional al mercantil, respetando las especificidades del sector, es necesaria para hacerlo más efectivo, más plural y más transparente, y pensando además que si el tercer sector no lo hace por su propia iniciativa, más tarde que temprano, creemos que se lo impondrá quien legisle.

## Bibliografía

- ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *La fundación ¿una casa sin dueño?: (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, prólogo de James J. Fishman, Iustel, Madrid, 2012.
- CASTILLA CUBILLAS, Manuel, *Gobierno de las fundaciones bancarias y estabilidad del sistema financiero*, Comares, Granada, 2015.
- CORRAL LAGE, Javier, *La transparencia en la emisión de información de las entidades sin fines de lucro*, Universidad País Vasco, Bilbao, 2014.
- EMBID IRUJO, José Miguel, *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Alberto EMPARANZA SOBEJANO (codirector), Marcial Pons, Madrid, 2012.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena, «La transposición jurídica de los criterios de buen gobierno relativos a la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas a los patronatos de las fundaciones de sociedad», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 301 (julio-septiembre 2016), p. 253-299.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, «Hacer el bien sí, pero haciéndolo muy bien», en *Revista Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, n.º 64 (septiembre), 2011, p. 62-63.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, «Los conflictos de interés dentro del patronato», en *Buen gobierno de las fundaciones*, Ignacio S. GALÁN y Santiago MARTÍNEZ GARRIDO (coords.), La ley, 2015, p. 273-302.

MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza, «Transparencia en la gestión de las fundaciones, propuestas en torno a los códigos de buen gobierno corporativo en materia de retribución y compensación de gastos», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* (38), septiembre-diciembre 2015, p. 217-236.

SAELLES CLIMENT, José Ramón, «Organización y funcionamiento del patronato en el Código civil de Cataluña y los principios de buen gobierno», en *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, Javier VALLE ZAYAS, Juan Antonio PÉREZ RIVARÉS y José Ramón SAELLES (dirs.), Bosch, Barcelona, 2013, p. 29-82.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «La regulación del órgano de gobierno en la Ley de fundaciones del País Vasco: algunas peculiaridades», en *Derecho privado y constitución* (9), mayo-agosto 1996, p. 275-296.

SERRANO GARCÍA, Ignacio, «Control y gobierno de las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994», en *Revista Jurídica del Notariado* (14), abril-junio 1995, p. 159-197.

VIÑUELAS SANZ, Margarita, «El buen gobierno de las fundaciones bancarias», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (139), julio-septiembre 2015, p. 87-143.

VIÑUELAS SANZ, Margarita, «Informe anual de gobierno corporativo en fundaciones bancarias (orden ECC/2575/2015, de 30 de noviembre de 2015)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* [S.l.: s.n.], n.º 144 (octubre-diciembre 2016), p. 109-130.

VIÑUELAS SANZ, Margarita, *Gobierno corporativo en personas jurídicas no mercantiles*, Marcial Pons, Madrid 2015.



# **La tributación del Seguro de Responsabilidad Civil de los Patronos de Fundaciones**

*Alberto Muñoz Villarreal*

Profesor Asociado de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad Complutense de Madrid  
Socio de Muñoz Arribas Abogados, S.L.P.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE SÍNTESIS DE LA TRIBUTACIÓN DE LAS FUNDACIONES.—III. LA FISCALIDAD DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PATRONOS DE LAS FUNDACIONES.—IV. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## **I. Introducción**

De todos es conocido la importancia de las Fundaciones en nuestra sociedad<sup>1</sup>, y el que, para cumplir con su deber, sean gestionadas de la mejor manera posible por personas altamente cualificadas.

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), contiene numerosas limitaciones y condicionantes para poder beneficiarse del régimen fiscal privilegiado que prevé.

Una de las limitaciones contenidas en ella es la gratuitad de los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno de las Fundaciones, lo cual supone desincentivar la dedicación necesaria, si bien se excepciona en ciertos casos, lo cual es considerado como una injusticia, acertadamente, por parte de doctrina académica (como veremos más adelante).

Si al hecho de que no estén remunerados, añadimos la responsabilidad civil y administrativa en la que pueden incurrir las personas que ocupan dichos cargos y la complejidad de las tareas a desarrollar, sin duda estamos desincentivando que ocupen los citados cargos personas altamente cualifica-

---

<sup>1</sup> Véase al respecto la información que se recoge en la página web de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES, [http://www.fundaciones.org/es/sector\\_fundacional](http://www.fundaciones.org/es/sector_fundacional).

das pues, en la mayoría de los casos, optarán por ver remunerado su esfuerzo, talento y riesgo asumido.

A ello debemos sumar que la Administración viene considerando, que si la Entidad Sin Fines Lucrativos suscribe un seguro de Responsabilidad Civil que cubra a los patronos dicha entidad será excluida del régimen beneficiado de la Ley 49/2002.

Desde el propio sector de las Fundaciones<sup>2</sup>, la doctrina<sup>3</sup> y los grupos políticos<sup>4</sup>, se considera necesario modificar la Ley 49/2002, y a día de hoy, cuando hay una clara insuficiencia de recursos públicos que destinar a los fines de interés general, se hace más necesario que en cualquier otro momento una actualización de la ley que la mejore, pues, como afirman M. Cabra de Luna y R. de Lorenzo García<sup>5</sup>, «las políticas de reducción de gasto público y la polémica sobre la eficacia del Estado para resolver los problemas que afectan al bienestar social no eliminan las necesidades sociales, sino que nos obligan a interrogarnos sobre cuál es la mejor forma de satisfacerlas en beneficio de todos los ciudadanos».

<sup>2</sup> Entre las numerosas fundaciones que han realizado estudios tendentes a modificar la Ley 49/2002 y el régimen tributario de las Fundaciones en España podemos citar a título de ejemplo el *Borrador de Proyecto de Ley de Medidas de Fomento, Impulso y Desarrollo del arte y Mecenazgo en España*, Fundación Arte y Mecenazgo, Barcelona, 2013.

<sup>3</sup> Así entre otros, M. RUÍZ GARÍJO, «Entidades sin fines lucrativos: fundaciones y asociaciones de utilidad pública», en R. CALVO ORTEGA (dir.), *Fiscalidad de las entidades de economía social*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 395-474, A. BLÁZQUEZ LIDOVY, e I. MARTÍN DÉGANO, *Manual tributario de entidades no lucrativas (asociaciones y fundaciones)*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2012, los mismos en «Aspectos problemáticos y propuestas de reforma de la Ley 49/2002 en materia de mecenazgo», *Crónica tributaria*, n.º 145, 2012, pp. 7-38, A. BLÁZQUEZ LIDOVY, y F. J. MARTÍN FERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre la situación actual y propuestas de futuro del régimen tributario del mecenazgo», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, n.º 218, 1, 2001, pp. 81-130, A. BLÁZQUEZ LIDOVY, e I. PEÑALOSA ESTEBAN, «El régimen fiscal del mecenazgo en el derecho comparado: Alemania, Reino Unido, Francia y Estados Unidos», *Participación cívica y ciudadana*, n.º 872, 2013, pp. 29-44, I. PEÑALOSA ESTEBAN, «La reforma de los incentivos fiscales al mecenazgo: luces y sombras», *Anuario de derecho de fundaciones*, n.º 1, 2014, pp. 279-319.

<sup>4</sup> Téngase en cuenta la Proposición de Ley de modificación 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 del grupo parlamentario catalán, la Proposición de Ley de modificación 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 del grupo parlamentario popular y el Proyecto de Ley de Participación Social y Mecenazgo, analizados en A. MUÑOZ VILLARREAL, «Las omisiones de la última reforma fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos», en I. GARCÍA-OVIES SARANDESES, J. PEDREIRA MENÉNDEZ, y B. SESMA SÁNCHEZ (dirs.), *Conflictos Actuales en Derecho Tributario. Homenaje a la Profesora Fernández Junquera*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 841-856.

<sup>5</sup> M. CABRA DE LUNA, y R. DE LORENZO GARCÍA «El tercer sector en España: ámbitos, tamaño y perspectivas», *Revista española del tercer sector*, n.º 1, 2005, p. 98.

Nos encontramos ante la ineludible necesidad de llevar a cabo una actualización de la legislación tributaria de las Fundaciones, y demás Entidades Sin Fines Lucrativos, que suponga una convergencia europea en la materia, con un mayor protagonismo de la sociedad civil y un aumento de los beneficios tributarios. No solo porque la situación económica lo demande, sino también porque es pertinente actualizar una legislación desfasada en el tiempo y con numerosos errores y lagunas.

Entendemos que esta situación debe cambiar y proponemos en una reforma legislativa en este sentido, y durante la espera de la ansiada reforma legislativa propugnamos una correcta interpretación de la norma.

## II. Breve síntesis de la tributación de las Fundaciones

El régimen tributario de las Fundaciones viene establecido en la Ley 49/2002<sup>6</sup>, norma que le dé un tratamiento fiscal privilegiado<sup>7</sup> dado que las Fundaciones realizan unas actividades de interés general, que deben ser potenciadas por los poderes públicos, según el mandato constitucional.

---

<sup>6</sup> En Álava, tenemos la Norma Foral 16/2004, de 12 de julio, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo, y el Decreto Foral 60/2004, del Consejo de Diputados, de 19 de octubre, que aprueba el reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos al mecenazgo. En Guipúzcoa, la Norma Foral 3/2004 de 7 de abril, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, y el Decreto Foral 87/2004 de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos al mecenazgo. En Vizcaya, la Norma Foral 1/2004, de 24 de febrero, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, y el Decreto Foral 129/2004 de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos al mecenazgo.

Mientras que, en Navarra, contamos con la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio (modificada por la Ley Foral 8/2013, de 29 de mayo, reguladora de los incentivos fiscales aplicables a proyectos socialmente comprometidos), y la Ley Foral 8/2014, de 16 de mayo, reguladora del mecenazgo cultural y de sus incentivos fiscales en la Comunidad Foral de Navarra, que deroga el Decreto Foral 118/1999, de 19 de abril, por el que se regula la declaración de interés social de actividades culturales, y modifica la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio. La citada normativa sigue la línea marcada por la normativa estatal, por lo que a efectos de simplificar el estudio de la materia nos centraremos en la normativa estatal.

<sup>7</sup> Véase por ejemplo A. MUÑOZ VILLARREAL, «Fiscalidad empresarial en Europa y Competitividad», en A. JALABERA RODRÍGUEZ (dir.), *Responsabilidad Social Corporativa e Incentivos fiscales al Mecenazgo Cultural en el Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 337-356.

Recordemos que el artículo 34 de la Constitución Española regula, por primera vez en España (siendo un precedente en el derecho comparado), el derecho de fundación, derecho fundamental de segundo grado, excluido de la tutela del recurso de amparo, a pesar de la remisión que, en ese artículo 34, se hace al derecho de asociación que sí tiene esta tutela constitucional, y como indica Piñar Mañas<sup>8</sup>, dichas entidades son un cauce privilegiado de participación cultural.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo, define a las fundaciones como una «persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general», y el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, como «las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general».

Siendo los tributos una de las medidas de fomento empleadas para la consecución de dichos fines constitucionales<sup>9</sup>, y así el Tribunal Constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984, de 7 de febrero, ha indicado que «la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza con una actuación mutua Estado-sociedad (...) la interacción entre Estado-sociedad, y la interpretación de lo público y lo privado transciende (...) al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes. La función ordenadora de la sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la constitución (...). Lo que sí interesa señalar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundaciones, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general».

Ahora bien, hay un sector doctrinal que critica abiertamente que las fundaciones (y demás Entidades Sin Fines Lucrativos) estén sujetas a tributación,

<sup>8</sup> PIÑAR MAÑAS, J. L., «El derecho de fundación como derecho constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 9, 1996, p. 170.

<sup>9</sup> Puede verse una síntesis de esta cuestión en A. MUÑOZ VILLARREAL, «Fiscalidad y Medioambiente: estado de la cuestión (I)», *Anuario Jurídico Económico Escurialense XLVI*, Madrid, 2013, pp. 63-80, así como en A. MUÑOZ VILLARREAL, «Fiscalidad y Medioambiente: estado de la cuestión (II)», *Anuario Jurídico Económico Escurialense XLVII*, Madrid, 2014, pp. 117-132.

como nos resume Giménez-Reyna<sup>10</sup>, mientras que otro sector doctrinal, minoritario, son partidarios de la plena y total sujeción a gravamen, alegando los principios constitucionales de igualdad (art. de la 14 Constitución Española), generalidad (art. 6.31.1 de la Constitución Española) y de neutralidad<sup>11</sup>.

La mala utilización de las figuras de las fundaciones<sup>12</sup> (fraude fiscal) y el argumento de los costes que estas medidas de excepción comportan para los presupuestos de las administraciones públicas, pues cualquier exclusión de gravamen de unos supone una disminución de ingresos que se traduce en un aumento de la contribución de los demás<sup>13</sup>, viene a justificar el criterio minoritario.

La doctrina académica<sup>14</sup> señala como la técnica fiscal del mecenazgo se basa en tres tipos de instrumentos:

— No admitir ningún trato fiscal favorable a las donaciones con fines filantrópicos.

— Las donaciones merecen un trato preferencial, de manera que el Estado renuncia a gravarlas.

— El Estado alienta las donaciones, en función no solo de la cuantía del donativo sino de la renta gravable del donante, personalmente consideramos que esta es la opción más adecuada.

En nuestro país la Ley 49/2002 fija una serie de requisitos que dichas entidades deben cumplir para poder beneficiarse del régimen que estipula

<sup>10</sup> «(...) con la claridad que le caracteriza, J. L. Pérez de Ayala sostiene la no tributación de estas entidades sobre la base de que no constituyen sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, ya que no generan renta en términos fiscales, pese a que puede existir un excedente económico, por diferencia entre los ingresos y los gastos que tengan la entidad. En efecto, la renta se define como un potencial de satisfacción de necesidades, directamente, sobre las personas físicas, o indirectamente, sobre el ente que la genera, en cuanto es reparable entre las personas físicas; la fundación, en la medida en que no obtiene una renta reparable, no puede ser objeto de imposición», E. GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, «Reflexiones sobre el régimen fiscal del mecenazgo en España», en J. M. IGLESIAS GIL, *Actas de los X cursos monográficos sobre el patrimonio histórico*, Universidad de Cantabria, Reinosa, 2000, p. 92.

<sup>11</sup> A. MUÑOZ VILLARREAL, «Las Entidades Sin Fines Lucrativos como obligado tributario en el Impuesto sobre Sociedades», *Crónica Tributaria*, n.º 6, Madrid, 2013, pp. 63-76.

<sup>12</sup> Postura que defiende la Agencia Estatal de la Administración Tributaria cuando en el Plan anual de Control Tributario y Aduanero de 2011 alude a «la utilización indebida de fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro o parcialmente exentas para desviar rentas procedentes de actividades económicas y minorar así su tributación».

<sup>13</sup> E. GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, «Reflexiones sobre el régimen fiscal del mecenazgo en España», en J. M. IGLESIAS GIL, *Actas de los X cursos monográficos sobre el patrimonio histórico*, Universidad de Cantabria, Reinosa, 2000, p. 91.

<sup>14</sup> E. GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, *ibidem*, p. 96.

dicha ley, requisitos que existían ya en la antigua normativa y que en opinión de parte de la doctrina demuestran una prevención excesiva del legislador<sup>15</sup>.

La doctrina distingue así entre las Entidades Sin Fines Lucrativos especialmente protegidas o de primer grado<sup>16</sup>, a las que resulta aplicable la Ley 49/2002 por cumplir los requisitos exigidos en ella<sup>17</sup> (si bien algunas de las entidades señaladas en las disposiciones adicionales de la citada ley no están obligadas a cumplir todos y cada uno de estos requisitos) y las entidades de segundo grado, que sin beneficiarse de ese régimen general pueden hacerlo de otros beneficios, incluidos de manera dispersa en las leyes que reguladoras de los distintos tributos.

Para las denominadas Entidades Sin Fines Lucrativos de primer grado, en primer lugar, se debe dar una ausencia de ánimo de lucro, y al respecto, y en este punto la doctrina considera que «en cuanto el lucro vaya directamente a facilitar el cumplimiento del fin social debe convertirse en dato intrascendente para enjuiciar la existencia del régimen, y por tanto la finalidad no lucrativa no puede configurarse como el centro de aplicación del régimen fiscal»<sup>18</sup>, lo cual ha sido corroborado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias del Tribunal Supremo de 4345/1995, de 11 de abril, y 20 de julio de 2009, y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 21 de marzo de 2002, ECLI:EU:C:2002:200, pues

<sup>15</sup> Entre otros, M. CRUZ AMORÓS, «Régimen tributario de las entidades sin fin de lucro», en I. OLMOS VICENTE (coord.), *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable: jornadas sobre la nueva ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, 1995, Dykinson, Madrid, p. 138. En contra, M. RUIZ GARIJO, «Requisitos fiscales de las entidades sin fines lucrativos para la obtención del régimen de exención (1)», *Jurisprudencia tributaria Aranzadi*, n.º 2, 2004, p. 43.

<sup>16</sup> Calificadas como entidades de primera división por J. ARIAS VELASCO, *La fiscalidad de las entidades sin ánimo de lucro*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 17. En este sentido, J. L. PÉREZ DE AYALA, «Las fundaciones ante el impuesto de sociedades», en I. OLMOS VICENTE, *Las fundaciones. Su fiscalidad e incentivos al mecenazgo*, Madrid, Dykinson, 1998, las denomina entidades especialmente beneficiadas, A. MARTÍNEZ LAFUENTE, *Fundaciones y mecenazgo: análisis jurídico-tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 47, habla de entidades con el máximo grado de protección y M. CASANELLAS CHUECOS, *El nuevo régimen tributario del mecenazgo*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 71, las denomina especialmente protegidas.

<sup>17</sup> Requisitos que en opinión de M. PARDO CARMONA, «La exención de las fundaciones en el impuesto sobre sociedades», en AA.VV., *El impuesto sobre la renta de las personas físicas: pasado, presente y futuro del tributo: XXXVII Semana de estudios de derecho financiero*, 1991, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, p. 91, resultan una restricción al principio de libertad de fundación, regulado en el artículo 34 de la Constitución Española.

<sup>18</sup> AA.VV., «La justificación de un régimen fiscal especial de las fundaciones», *Revista de derecho financiero y Hacienda pública*, n.º 133, 1978, p. 25.

como señala Ruiz Garijo, «lo importante no es la obtención de rentas o ganancias en la realización de actividades diversas (lucro objetivo) sino el hecho de que dichas rentas o ganancias no se repartan entre sus socios o asociados (lucro subjetivo)»<sup>19</sup>, siguiendo la pauta de otros ordenamientos jurídicos como el francés.

En el caso concreto de las fundaciones, la doctrina entiende que muchas de ellas se han constituido como tal, principalmente por el régimen de incentivos fiscales y, para evitar el abuso de dicha forma jurídica, abogan por exigir un medio suficiente de obtención de rentas, así como una memoria que acredite la viabilidad de la dotación patrimonial, como ocurre en la Comunidad Valenciana y País Vasco.

Como requisito que impone la ley, artículo 3.4, los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos no pueden ser los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni beneficiarse de condiciones especiales para utilizar sus servicios.

Si bien este requisito no se aplica a las fundaciones cuya finalidad sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, o de la ley de la respectiva comunidad autónoma que le sea de aplicación, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.

Esta excepción a la regla general ha sido criticada por parte de la doctrina<sup>20</sup>, si bien nosotros entendemos, como indica Piñar Mañas, que los deberes

<sup>19</sup> M. RUIZ GARIJO, «Entidades sin fines lucrativos: fundaciones y asociaciones de utilidad pública», en R. CALVO ORTEGA (dir.), *Fiscalidad de las entidades de economía social*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 408.

<sup>20</sup> Como sintetiza M. RUIZ GARIJO, «Requisitos fiscales de las entidades sin fines lucrativos para la obtención del régimen de exención (1)», *Jurisprudencia tributaria Aranzadi*, n.º 2, 2004, p. 55, «la principal crítica, advertida por algún autor, es que la finalidad de este tipo de fundaciones, además del fomento del patrimonio histórico, puede ser beneficiar a los parientes del fundador, que se reservan el derecho a habitar o disfrutar el inmueble monumental que se ha integrado en la dotación de aquella, a pesar de que tengan la carga de enseñar el inmueble a los turistas y personas ajena. En este sentido, el legislador del 94 había reparado muy bien en la conveniencia de admitir este caso (común en las fundaciones nobiliarias) en el ámbito sustantivo y denegarle toda trascendencia tributaria». Idea compartida por A. GOTÁ LOSADA, y J. A. DEL CAMPO, *La fiscalidad de las fundaciones y el mecenazgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 201.

impuestos de visita y exposición de dichos bienes justifica que estas fundaciones sean consideradas de interés general<sup>21</sup>.

Al respecto, como sintetiza Pous de la Flor<sup>22</sup>, estando de acuerdo con lo que expone, «como advierte un sector de la doctrina, concurre un doble beneficio, el de la colectividad derivada de la conservación de bienes, pertenecientes al patrimonio histórico, y el de los titulares de tales bienes que se beneficiarán de las prestaciones de la fundación que se constituyen para su conservación y restitución».

Otros autores consideran que la imposición del requisito relativo a que sean cumplidas las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, podría tener su sentido si se trata de fundaciones que se hacen propietarios de los bienes que pretenden conservar o restaurar, pero no cuando estos bienes pertenecen o son gestionados por un tercero, a este corresponde el cumplimiento del deber de exposición.

La Ley 49/2002 establece, en su artículo 16, una lista cerrada de las entidades que pueden ser beneficiarias de los donativos, donaciones y aportaciones sujetos a los incentivos fiscales regulados en dicha ley, lo cual ha sido criticado por la doctrina, pues supone que las entidades que no figuren en dicha lista (por ejemplo, Organizaciones No Gubernamentales y consorcios públicos<sup>23</sup>), aunque persigan fines de interés general no pueden ser beneficiarias de donativos fiscalmente beneficiados de dicha ley<sup>24</sup>, pre-

<sup>21</sup> J. L. PIÑAR MAÑAS, «Artículo 2», en DE LORENZO GARCÍA, R., et alii, *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 24.

<sup>22</sup> M.ª P. POUS DE LA FLOR, «Legislación aplicable. Pluralidad normativa. Derecho estatal y derecho autonómico. Constitución y atribución de personalidad», en M.ª P. POUS DE LA FLOR, et alii, *Las fundaciones. Aspectos jurídicos y fiscales. Planificación de actividades y comunicación*, Colex, Madrid, 2010, p. 20.

<sup>23</sup> A. BLÁZQUEZ LIDÓY e I. MARTÍN DÉGANO, «Aspectos problemáticos y propuestas de reforma de la Ley 49/2002, en materia de mecenazgo», *Crónica tributaria*, n.º 145, 2012, pp. 12-13, proponen que en el concepto de entidades públicas, habría que incluir a los medios propios del artículo 24.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de manera que las donaciones a consorcios de derecho público sean fiscalmente beneficiadas (pues hasta la fecha no se está considerando así; Consultas de la Dirección General de Tributos V2672-10, de 13 de diciembre, V2382-10, de 4 de noviembre y V2096-06 de 4 de noviembre).

<sup>24</sup> R. BERGÓS CIVIT, «Régimen fiscal del patrocinio y mecenazgo», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMOROS, y R. DE LORENZO GARCÍA, *Comentario a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, 2005, Iustel, Madrid, p. 1041.

senta varias dudas interpretativas<sup>25</sup> y excluye entidades que debería haber sido incluidas<sup>26</sup>.

El legislador optó por el modelo continental, en virtud del cual para disfrutar de un régimen fiscal más beneficioso es necesario tener una forma jurídica que conlleve la ausencia del ánimo de lucro<sup>27</sup>, en contra del modelo anglosajón que prescinde de la forma jurídica y se centra en la ausencia de ánimo de lucro.

Esas entidades, además, deben dedicarse a actividades de interés general<sup>28</sup>, y al respecto la ley utiliza una enumeración abierta<sup>29</sup> de lo que puede en-

<sup>25</sup> Así, las entidades citadas en las disposiciones adicionales, como Cruz Roja, en opinión de J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *El régimen fiscal del sector no lucrativo y del mecenazgo. Comentarios a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2003, p. 83, tiene acceso automático al régimen fiscal de la Ley 49/2002, mientras que M. RUIZ GARIJO, «Tercer sector y teleología del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos», en I. MARTÍN DÉGANO, A. VAQUERA GARCÍA, y G. MENÉNDEZ GARCÍA (coord.), *Estudios de derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, Vol. II, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 1545, considera que no es así y que deben cumplir los requisitos estipulados en el artículo 3.

<sup>26</sup> A este respecto, P. A. COLAO MARÍN, «Requisitos de acceso al régimen tributario para entidades sin fines lucrativos de la Ley 30/1994, de mecenazgo, y ausencia de ánimo de lucro», *Jurisprudencia tributaria Aranzadi*, Vol. 3, 1999, afirma que el beneficio fiscal no se debería haber condicionado al hecho de tener o no la titularidad determinada en la Ley, sino al cumplir una serie de requisitos y condiciones.

<sup>27</sup> Como señalan D. CARRASCO DÍAZ, *et alli*, *Las asociaciones: Régimen contable y régimen fiscal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 72, «el ánimo de lucro es un concepto que no tiene por qué identificarse con el interés particular. Entidades de carácter lucrativo pueden llevar a cabo actividades que sean consideradas de interés general, porque su realización sea deseable desde el punto de vista humano o social, y de obtener con ellas un lucro. El de interés general es un concepto que se centra en la realización objetiva de la prestación o la actividad de la entidad y su valor para la sociedad, y el ánimo de lucro se vincula más bien a la contraprestación que se recibe y el uso que de ella se hace».

<sup>28</sup> M. RUIZ GARIJO, «Entidades sin fines lucrativos: fundaciones y asociaciones de utilidad pública», en R. CALVO ORTEGA (dir.), *Fiscalidad de las entidades de economía social*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 422, considera que «el concepto de interés general debería definirse atendiendo a aquellos sectores en los que los entes públicos buscan colaboración privada. De lo contrario, fuera de dichos sectores, cualquier fin puede tener una vertiente de interés general. Incluso determinadas actividades sectoriales y que, en el momento de constituir la entidad, interesan a sujetos determinados». Mientras que J. PEDRERÍA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Lex Nova, Valladolid 1999, p. 124 define el interés general como «aquel que beneficia a un grupo indeterminado de ciudadanos, con independencia de que el fin perseguido sea un objetivo prioritario o no de las administraciones públicas».

<sup>29</sup> Si bien hay que tener en cuenta como indica A. GOTÁ LOSADA, y J. A. DEL CAMPO, *La fiscalidad de las fundaciones y el mecenazgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1008, que «no es posible establecer de una vez y para siempre las actividades concretas de general interés porque a este respecto debe estarse a las exigencias históricas de cada momento. Y, por esa

tenderse por actividades de interés general nos encontramos ante el problema de la labor interpretativa (¿qué tipo de órgano es el adecuado para interpretar que se entiende por fin de interés general?<sup>30</sup>) y de la analogía<sup>31</sup>, prohibida en materia de exenciones (art. 14 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

A ello se suma una interpretación por parte de la Administración muy restrictiva (como las Consultas de la Dirección General de Tributos —en adelante CDGT-V2282-06 de 16 de noviembre, V1874-06 de 20 de septiembre, V0062-06, de 13 de enero, V0618-05, de 14 de abril, y la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 29 de noviembre de 2012, consideran que las Fundaciones no cumplen los requisitos del artículo 3 de la Ley 49/2002) que está perjudicando a muchas Entidades Sin Fines Lucrativos<sup>32</sup>, como a las denominadas fundaciones patrimoniales (aquellas que entregan sus rentas a otras entidades —Entidades Sin Fines Lucrativos o no—

---

misma causa, el de interés general es un concepto jurídico indeterminado, como ha proclamado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 68/1984, de 11 de junio, sin que, como afirma PiÑAR MAÑAS, a la ley le sea posible restringir los supuestos de interés general perseguible porque la Constitución no distingue todos los que pueden considerarse posibles».

En todo caso, sería deseable el empleo de una definición que impida criterios tan dispares como los mostrados por la Dirección General de Tributos, al considerar que no era de interés general un albergue juvenil de una entidad religiosa (CDGT 0177/07, de 5 de febrero de 2002), pero si la compra de un yate para su posterior donación (CDGT 2527/97, de 10 de diciembre de 1997).

<sup>30</sup> Al respecto, A. BLÁZQUEZ LIDOY, e I. MARTÍN DÉGANO, *Manual tributario de entidades no lucrativas (asociaciones y fundaciones)*, CEF, Madrid, 2012, p. 51, consideran que la Administración tributaria no es competente a ese respecto, y en otra de sus obras, «Aspectos problemáticos y propuestas de reforma de la Ley 49/2002 en materia de mecenazgo», *Crónica tributaria*, n.º 145, 2012, p. 14, señalan que debe aclararse la competencia para resolver aquellas cuestiones que sean idénticas en la Ley 49/2002 y en la Ley de Fundaciones (protectorado o inspección de tributos, Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, de 8 de abril de 2010), teniendo en cuenta que la misma realidad no debería ser calificada de distinta manera por dos administraciones.

<sup>31</sup> R. CALVO ORTEGA, «Nuevo régimen fiscal de las fundaciones de exención plena: un paso adelante», *Nueva fiscalidad*, n.º 6, 2002, p. 12.

Utilizada previamente en la normativa sobre fundaciones, en opinión de J. L. MUÑOZ DEL CASTILLO, «Régimen tributario de las fundaciones en España», *Revista de información fiscal*, n.º 25, 1998, p. 16, podríamos encontrarnos ante una vulneración de los principios de seguridad jurídica y reserva de ley.

<sup>32</sup> I. MARTÍN DÉGANO, «Las fundaciones y los fines de interés general. La exclusión de las fundaciones patrimoniales (RTEAC de 29 de noviembre de 2012, R. G. 3669/2010)», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, n.º 375, 2014, p. 109, al estudiar esta situación concluye que «la interpretación administrativa va más allá de lo que exige el precepto legal. En ningún lugar de la ley, ni la fiscal ni la sustantiva de las fundaciones, hay limitación alguna para que los fines no se puedan alcanzar de manera indirecta».

para que sean ellas las que realicen las actividades de interés general) y, por tanto, es necesario una definición de interés general más adecuada<sup>33</sup>.

Si bien nosotros entendemos, como señala Ruiz Garijo<sup>34</sup>, que «no nos encontramos con un problema de analogía sino de enumeración ejemplificativa. La fórmula “entre otros” tiene este carácter. En consecuencia, para entender cuándo una entidad se dedica a uno de los fines de interés general citados debe admitirse una labor interpretativa. Como es sabido, según Calvo Ortega, la prohibición de analogía no impide realizar una interpretación de la exención analizada. Mientras que la aplicación analógica es una actividad creativa, la interpretación tiene como finalidad dilucidar el sentido de una norma (de una exención)».

Por otro lado, la Administración (CDGT V0618-05, V0062-06 y V2282-06) considera, incorrectamente<sup>35</sup>, que debe ser la propia Fundación la que direc-

<sup>33</sup> Así M. RUIZ CARIJO, «Entidades sin fines lucrativos: fundaciones y asociaciones de utilidad pública», en R. CALVO ORTEGA (dir.), *Fiscalidad de las entidades de economía social*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 46 y 59, considera, para alcanzar una uniformidad, que «podría haberse seguido, de este modo, lo establecido en la disposición adicional por la que se modifica el artículo 45.1.A) del texto refundido de la LITP y AJD. En dicho precepto, después de la reforma, se opta por declarar la exención en favor de las ESFL tal y como se definen en la ley estudiada (y sin contener lista ejemplificativa alguna). Esta misma técnica se sigue en el IBI y en el IIITNU (art. 15.1 y 15.3) (...) el concepto de interés general debería definirse atendiendo a aquellos sectores en los que los entes públicos buscan la colaboración privada».

Por su parte A. BLÁZQUEZ LIDOVY I. MARTÍN DÉGANO, en «Aspectos problemáticos y propuestas de reforma de la Ley 49/2002 en materia de mecenazgo», *Crónica tributaria*, n.º 145, 2012, pp. 11-12, señalan como en relación a las ONG, la doctrina cuestiona si debe ser declarada, o no, de utilidad pública para poder acogerse a la Ley 49/2002, en virtud del artículo 2. La CDGT V0126-09 considera que no es necesario, pero convendría modificar la ley para que quede claro. Los autores critican que la Dirección General de Tributos considere que las asociaciones no declaradas de utilidad pública pero inscritas en el Registro de la Agencia española de Cooperación Internacional para el Desarrollo estén privilegiadas frente al resto al poder acceder al régimen de la Ley 49/2002 y abogan para que las únicas Organizaciones No Gubernamentales que sin ser declaradas de utilidad pública accedan a los beneficios de la Ley 49/2002 sean las denominadas por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo como Organización No Gubernamental «calificadas».

<sup>34</sup> M. RUIZ GARIJO, «Requisitos fiscales de las entidades sin fines lucrativos para la obtención del régimen de exención (1)», *Jurisprudencia tributaria Aranzadi*, n.º 2, 2004, p. 45.

<sup>35</sup> A. BLÁZQUEZ LIDOVY I. MARTÍN DÉGANO, *Manual tributario de entidades no lucrativas (asociaciones y fundaciones)*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2012, pp. 51-53, consideran que la AEAT no es competente para entrar a valorar aspectos sustantivos (si un fin es de interés general o no), si bien esos mismos autores señalan, p. 54, que «ciertamente hay situaciones que no debieran ser toleradas, como es el hecho de que el mismo dinero pueda gozar de varios beneficios fiscales de forma acumulativa. Si una persona dona 100 a la fundación A, tendrá derecho a una deducción en la cuota de su IRPF del 25 por 100 (art. 68.3 LIRPF). Si, a su vez, la fundación A dona a otra fundación B, esa fundación A parece que tendría

tamente persiga ese fin de interés general, sin que se considere cumplido el requisito cuando dicha Fundación destine sus ingresos a otras Fundaciones. Si bien, la Sentencia de la Audiencia Nacional, 108/2015, de 1 de octubre, en contra de la Administración tributaria, considera que una Fundación cuya finalidad es la de promocionar con donaciones las actividades de otras Fundaciones, debe gozar de los beneficios de la Ley 49/2002, pues ni dicha Ley ni la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, obligan a que la persecución de los fines de interés general deba hacerse directamente.

### **III. La fiscalidad del seguro de responsabilidad civil de los patronos de las fundaciones**

La Ley 49/2002 contiene numerosas limitaciones y condicionantes para poder beneficiarse del régimen fiscal beneficioso que prevé (como acabamos de ver) y una de las limitaciones contenidas en ella es la gratuitad de los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno de las Fundaciones, lo cual supone desincentivar la dedicación necesaria, y si bien se excepciona en ciertos casos, lo cual es considerado como una injusticia, acertadamente, por parte de doctrina académica.

Sin olvidar el contenido de la Ley 49/2002, respecto a la exención de las rentas procedentes de las dietas que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno de la Fundación perciba de su actividad, en el seno del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno de las Fundaciones deben ser gratuitos, pero pueden ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, sin que las cantidades percibidas por este concepto puedan exceder de los límites previstos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen, como señala el artículo 3.5 de la Ley 49/2002,

*«Que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, sin que las cantidades percibidas por este concepto puedan exceder de los límites previstos en la*

---

derecho a la deducción del 35 por 100 en su cuota, si obtuviera beneficios. Eso implicaría que las mismas 100 unidades han gozado de un beneficio de 25 en la persona física y de un beneficio de 35 en la fundación. Y así se podría reiterar de forma sucesiva. Este tipo de actuaciones debería proscribirse en el mecenazgo. Sin embargo, esto es distinto de entender que la fundación que dona no hace actividades de interés general».

*normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior no resultará de aplicación a las entidades a que se refiere el párrafo e) del artículo anterior y respetará el régimen específico establecido para aquellas asociaciones que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, hayan sido declaradas de utilidad pública.*

*Los patronos, representantes estatutarios y miembros del órgano de gobierno podrán percibir de la entidad retribuciones por la prestación de servicios, incluidos los prestados en el marco de una relación de carácter laboral, distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato u órgano de representación, siempre que se cumplan las condiciones previstas en las normas por las que se rige la entidad. Tales personas no podrán participar en los resultados económicos de la entidad, ni por sí mismas, ni a través de persona o entidad interpuesta.*

*Lo dispuesto en este número será de aplicación igualmente a los administradores que representen a la entidad en las sociedades mercantiles en que participe, salvo que las retribuciones percibidas por la condición de administrador se reintegren a la entidad que representen.*

*En este caso, la retribución percibida por el administrador estará exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y no existirá obligación de practicar retención a cuenta de este impuesto».*

Es más, dicho artículo posibilita que los cargos fundacionales perciban retribuciones de la Fundaciones por la prestación de servicios, incluidos aquellos que queden en el ámbito de una relación laboral, siempre que esos servicios sean distintos a los prestados en el desempeño de las funciones que tienen encomendadas en su condición de patronos o representantes de sus órganos de gobierno, lo que en opinión de Eseverri Martínez<sup>36</sup> es una de las grandes novedades de dicha ley.

La interpretación que la administración hace de este precepto se resume en la CDGT V2469-05, de 7 diciembre. En dicho caso, se trataba de La entidad consultante es una Organización No Gubernamental, asociación benéfico y cultural sin ánimo de lucro. Entre sus fines destaca la creación y desarrollo de iniciativas a favor de los sectores marginales de nuestra sociedad y especialmente la atención y ayuda a la infancia en el tercer mundo que

<sup>36</sup> E. ESEVERRI MARTÍNEZ, «Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos: requisitos», en C. ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, *et alii* (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 709.

solicita inscripción como institución que otorga el derecho a desgravación en cuota en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por los donativos de sus socios y donantes.

A lo que la Dirección General de Tributos contesta que:

*«el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre (B.O.E. de 24 de diciembre), de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, regula el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos definidas en la misma, en consideración a su función social, actividades y características.*

*De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 49/2002, se consideran entidades sin fines lucrativos a efectos de dicha Ley, siempre que cumplan los requisitos establecidos en su artículo 3, entre otras, a las asociaciones declaradas de utilidad pública y a las organizaciones no gubernamentales de desarrollo a que se refiere la Ley 23/1998 (ONG).*

*En definitiva, las asociaciones declaradas de utilidad pública y las ONGs que cumplan todos los requisitos enumerados en el artículo 3 de la Ley 49/2002, serán consideradas, a efectos de dicha Ley, como entidades sin fines lucrativos y por tanto, podrán aplicar el régimen fiscal especial contenido en el Título II de dicha Ley y tendrán la consideración de entidades beneficiarias del mecenazgo a las que se refiere el artículo 16 de la misma Ley. En el escrito de consulta no se aporta información relativa al cumplimiento de estos requisitos por la asociación consultante.*

*De acuerdo con el mencionado artículo 3 de la Ley 49/2002, se habrán de cumplir los siguientes requisitos:*

*“1.º Que persigan fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, los de asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, económicas o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de fomento de la economía social, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.*

*2.º Que destinen a la realización de dichos fines al menos el 70 por 100 de las siguientes rentas e ingresos:*

- a) *Las rentas de las explotaciones económicas que desarrolleen.*
- b) *Las rentas derivadas de la transmisión de bienes o derechos de su titularidad. En el cálculo de estas rentas no se incluirán las obtenidas en la transmisión*

*onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes y derechos en los que concurra dicha circunstancia.*

c) *Los ingresos que obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales ingresos. Los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios o del objeto de la entidad sin fines lucrativos. En el cálculo de los ingresos no se incluirán las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de su constitución o en un momento posterior.*

*Las entidades sin fines lucrativos deberán destinar el resto de las rentas e ingresos a incrementar la dotación patrimonial o las reservas.*

*El plazo para el cumplimiento de este requisito será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido las respectivas rentas e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio.*

3.º *Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria. Se entenderá cumplido este requisito si el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las explotaciones económicas no exentas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria no excede del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, siempre que el desarrollo de estas explotaciones económicas no exentas no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad.*

*A efectos de esta Ley, se considera que las entidades sin fines lucrativos desarrollan una explotación económica cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. El arrendamiento del patrimonio inmobiliario de la entidad no constituye, a estos efectos, explotación económica.*

4.º *Que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a las actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico, ni a las actividades de asistencia social o*

*deportivas a que se refiere el artículo 20, apartado uno, en sus números 8.a y 13.a, respectivamente, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, ni a las fundaciones cuya finalidad sea la conservación y restauración de bienes del Patrimonio Histórico Español que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, o de la Ley de la respectiva Comunidad Autónoma que le sea de aplicación, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.*

*Lo dispuesto en el primer párrafo de este número no resultará de aplicación a las entidades a que se refiere el párrafo e) del artículo anterior.*

*5.º Que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, sin que las cantidades percibidas por este concepto puedan exceder de los límites previstos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior no resultará de aplicación a las entidades a que se refiere el párrafo e) del artículo anterior y respetará el régimen específico establecido para aquellas asociaciones que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, hayan sido declaradas de utilidad pública.*

*Los patronos, representantes estatutarios y miembros del órgano de gobierno podrán percibir de la entidad retribuciones por la prestación de servicios, incluidos los prestados en el marco de una relación de carácter laboral, distintos de los que implican el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato u órgano de representación, siempre que se cumplan las condiciones previstas en las normas por las que se rige la entidad. Tales personas no podrán participar en los resultados económicos de la entidad, ni por sí mismas, ni a través de persona o entidad interpuesta.*

*Lo dispuesto en este número será de aplicación igualmente a los administradores que representen a la entidad en las sociedades mercantiles en que participe, salvo que las retribuciones percibidas por la condición de administrador se reintegren a la entidad que representen.*

*En este caso, la retribución percibida por el administrador estará exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y no existirá obligación de practicar retención a cuenta de este impuesto.*

*6.º Que, en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16a 25, ambos inclusive, de esta Ley, o a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general, y*

*esta circunstancia esté expresamente contemplada en el negocio fundacional o en los estatutos de la entidad disuelta, siendo aplicable a dichas entidades sin fines lucrativos lo dispuesto en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 97 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.*

*En ningún caso tendrán la condición de entidades sin fines lucrativos, a efectos de esta Ley, aquellas entidades cuyo régimen jurídico permita, en los supuestos de extinción, la reversión de su patrimonio al aportante del mismo o a sus herederos o legatarios, salvo que la reversión esté prevista en favor de alguna entidad beneficiaria del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley.*

7.º *Que estén inscritas en el registro correspondiente.*

8.º *Que cumplan las obligaciones contables previstas en las normas por las que se rigen o, en su defecto, en el Código de Comercio y disposiciones complementarias.*

9.º *Que cumplan las obligaciones de rendición de cuentas que establezca su legislación específica. En ausencia de previsión legal específica, deberán rendir cuentas antes de transcurridos seis meses desde el cierre de su ejercicio ante el organismo público encargado del registro correspondiente.*

10.º *Que elaboren anualmente una memoria económica en la que se especifiquen los ingresos y gastos del ejercicio, de manera que puedan identificarse por categorías y por proyectos, así como el porcentaje de participación que mantengan en entidades mercantiles.*

*Las entidades que estén obligadas en virtud de la normativa contable que les sea de aplicación a la elaboración anual de una memoria deberán incluir en dicha memoria la información a que se refiere este número.*

*Reglamentariamente, se establecerán el contenido de esta memoria económica, su plazo de presentación y el órgano ante el que debe presentarse”.*

*El régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos de la Ley 49/2002, es voluntario, de tal manera que podrán aplicarlo las entidades que, cumpliendo los requisitos, opten por él y comuniquen la opción a la Administración Tributaria. Por tanto, si la asociación consultante cumple todos los requisitos contenidos en dicho artículo 3, podrá optar por la aplicación del régimen fiscal especial establecido en el Título II de dicha Ley mediante comunicación a la Administración, en el plazo y en la forma establecido en el artículo 1 del Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre,(BOE de 23 de octubre). El artículo 14 de la Ley 49/2002 establece además, en el apartado 1 que “una vez ejercitada la opción, la entidad quedará vinculada a este régimen de forma indefinida durante los períodos impositivos siguientes, en tanto se cumplan los re-*

*quisitos del artículo 3, y mientras no renuncien a su aplicación en la forma que reglamentariamente se establezca". Por otra parte, el artículo 14 añade que la aplicación del régimen fiscal especial estará condicionado al cumplimiento de los requisitos y supuestos de hecho relativos al mismo, que deberán ser probados por la entidad.*

*Por tanto, si la asociación consultante cumple los señalados requisitos y se acoge al régimen fiscal de la Ley 49/2002, podrá tener la consideración de entidad beneficiaria del mecenazgo, sin que sea necesario que la Administración tributaria otorgue autorización o inscripción alguna.*

*De conformidad con el artículo 17 de la Ley 49/2002, darán derecho a practicar las deducciones reguladas en el Título III de la misma, los donativos, donaciones y aportaciones irrevocables, puros y simples, realizados en favor de las entidades sin fines lucrativos a las que sea de aplicación el régimen fiscal establecido en el Título II de dicha Ley. Por su parte, el artículo 19 de la Ley 49/2002, contempla las deducciones en la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por el 25 por ciento de las donaciones u aportaciones a las entidades beneficiarias del mecenazgo.*

*En definitiva, no es necesaria inscripción alguna para aplicar las deducciones por donativos realizados en favor de las entidades consideradas beneficiarias del mecenazgo, pero el artículo 24 de la Ley 49/2002 sí contempla los requisitos de la justificación, mediante certificación de la entidad beneficiaria, de los donativos deducibles.*

*Por el contrario, caso de que la entidad consultante no cumpla las condiciones para ser considerada como entidad sin fines lucrativos a que se refiere la Ley 49/2002, ni tenga la consideración de asociación de utilidad pública, los donativos percibidos no generan deducción a deducción en la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los donantes».*

Otro requisito que impone la ley, artículo 3.4, es que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos no pueden ser los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni beneficiarse de condiciones especiales para utilizar sus servicios.

Esta limitación, contenida en la ley, de la gratuitud de los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno, ha suscitado un gran debate y supone desincentivar la dedicación necesaria<sup>37</sup>, y si

<sup>37</sup> En cuanto al requisito de gratuidad de los cargos de patronos, representantes, y miembros del órgano de gobierno, D. CARRASCO DÍAZ, *et alli, Las asociaciones: Régimen contable y*

bien se excepciona en ciertos casos (gastos por el desempeño de las funciones de patrono, representante estatutario y miembro del órgano del gobierno, que hayan asumido ellos directamente y no la Fundación, pues son cantidades de naturaleza indemnizatoria y no retributiva), no pueden exceder de los límites revistos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen, lo cual es considerado como una injusticia, acertadamente, por parte de Piñar Mañas<sup>38</sup>.

Si al hecho de que no estén remunerados, añadimos la responsabilidad civil y administrativa en la que pueden incurrir las personas que ocupan de dichos cargos y la complejidad de las tareas a desarrollar, sin duda estamos desincentivando que ocupen los citados cargos personas altamente cualificadas pues, en la mayoría de los casos, optarán por ver remunerado su esfuerzo, talento y riesgo asumido.

De igual manera, los miembros de los órganos de Gobierno de las Fundaciones, por el hecho de representar a la entidad en las sociedades mercantiles en que esta participe, no pueden percibir retribuciones a título personal y deben ingresar dichas retribuciones<sup>39</sup>, correspondientes a la condición de administrador, en la caja de la entidad a que representen. Retribución que está exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sin que se tenga la obligación de practicar retención a cuenta, lo que supone una mala técnica legislativa en opinión de Cruz Amorós y López Rivas<sup>40</sup>, autores que consideran que se debería haber estipulado su no sujeción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

---

*régimen fiscal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 76, indica que «la gratuitad de estos cargos supone, en numerosas casos, la necesidad de nombrar algún gerente que se encargue de la gestión y dirección de la entidad, no de la representación, bien retribuido y que ejerza de manera efectiva la dirección de la entidad, sin que por ello se vulnere el requisito de la gratuitad de los cargos. Algun sector doctrinal, precisamente por lo que acabamos de afirmar, considera que este requisito no debería existir. En cambio, nosotros opinamos lo contrario». A este respecto véase la Consulta 1132 de la Dirección General de Tributos, de 28 de marzo de 2000, en la que se afirma que los patronos podrán contratar con las fundaciones, y siempre que se realice previa autorización del protectorado, el contrato de trabajo entre un patrono y la fundación será válido.

<sup>38</sup> J. L. PIÑAR MAÑAS, «Relaciones de las fundaciones con los protectorados», en R. DE LORENZO, y M. A. CABRA DE LUNA, *Presente y futuro de las fundaciones*, Civitas-Fundación Once, Madrid, 1990, p. 25, así como J. PEDREIRA MENÉNDEZ, «El nuevo régimen fiscal del sector no lucrativo», *Gaceta Fiscal*, n.º 214, 2002, p. 46.

<sup>39</sup> A. BLÁZQUEZ LIDÓY, y I. MARTÍN DÉGANO, *Manual tributario de entidades no lucrativas (asociaciones y fundaciones)*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2012, p. 116, ante el silencio normativo al respecto, son partidarios de que esas rentas no tributen.

<sup>40</sup> M. CRUZ AMORÓS, y S. LÓPEZ RIVAS, *La fiscalidad en las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y acción privada*, Cideal y PCW, Madrid, 2004, p. 40.

Si bien dichos profesionales pueden recibir retribuciones enmarcadas en una relación laboral, o por la prestación de sus servicios<sup>41</sup>, distintas a los derivados del desempeño de sus funciones como miembros del órgano de representación o patronato (Sentencia de la Audiencia Nacional 2503/1998, de 15 de julio).

Dichas entidades deben cumplir además una serie de requisitos, estipulados en el artículo 3 de la Ley 49/2002, entre los que se encuentra, por un lado, como ya vimos, que persigan fines de interés general<sup>42</sup> y por otro, limitaciones de sus facultades dominicales «que tienen una naturaleza instrumental aunque importante: contribuyen a dar fijación, estabilidad y garantía a la realización del interés general»<sup>43</sup>.

Además, la Administración viene considerando, Consulta de la Dirección General de Tributos V2417-08, de 16 de diciembre, que si una Fundación suscribe un seguro de Responsabilidad Civil que cubra a los patronos dicha entidad, la misma será excluida del régimen beneficiado de la Ley 49/2002.

---

<sup>41</sup> Criticado por M. RUIZ GARIJO, «Requisitos fiscales de las entidades sin fines lucrativos para la obtención del régimen de exención (1)», *Jurisprudencia tributaria Aranzadi*, n.º 2, 2004, p. 56.

<sup>42</sup> «Entiendo que la promoción, protección, rehabilitación, difusión y demás actividades beneficiosas para el patrimonio cultural si pueden calificarse de actividades de interés general, a los efectos de la concesión de los beneficios fiscales, y ello por las siguientes razones:

1. En primer lugar, entiendo que se cumple el interés general en la medida en que la actividad tiene como objeto el beneficio de un bien, al que se le asigna un valor cualificado para la colectividad. En tal sentido, el patrimonio cultural es un bien jurídico que la propia constitución, y los estatutos de autonomía valoran de una forma importante, nada menos que como la memoria del pueblo español. No cabe, por tanto, dudar de que cuando se protege, se promociona, se revaloriza el patrimonio cultural, se actúa a favor de un bien que, aunque tenga un propietario individual, se considera importa e interesa a toda la comunidad por su valor histórico, artístico, o cultural.

2. En segundo lugar, la conservación, rehabilitación, y promoción del patrimonio cultural afecta a toda la colectividad, al margen de que pueda en el caso de que un bien sea de propiedad particular, beneficiar especialmente a dicho propietario.

3. En tercer lugar, dadas las características de las personas que pueden desarrollar dicha actividad, las entidades sin fines de lucro y los entes públicos relacionados en el artículo 16 el ánimo de lucro está ausente en la actividad. El fin no es obtener ningún beneficio económico sino proteger, promocionar, rehabilitar, conservar el patrimonio cultural como bien común de la colectividad por los valores que la sociedad le asigna actualmente. Estamos hablando siempre de entes que carecen de ánimo de lucro, que actúan para conseguir un beneficio para la colectividad». A. HERNÁNDEZ LAVADO, «La fiscalidad el convenio empresarial en actividades de patrocinio al patrimonio cultural», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXVII, 2009, pp. 49-50.

<sup>43</sup> R. CALVO ORTEGA, «Entidades de economía social: razones de una fiscalidad específica», en R. CALVO ORTEGA (dir.), *Fiscalidad de las entidades de economía social*, 2005, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, p. 41.

En el caso analizado por la Dirección General de Tributos, la Fundación consultante, entidad sin ánimo de lucro, manifiesta estar sujeta a las disposiciones de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Según la mencionada Ley y los estatutos de la Fundación, el cargo de patrono es no retribuido, además, no existe relación laboral ni contractual entre los patronos y la Fundación. La entidad consultante se plantea la contratación de un seguro de responsabilidad civil que prestará cobertura a los patronos y a los empleados de la mencionada fundación.

Dicha Fundación plantea si el seguro de responsabilidad civil tendría la consideración de retribución en especie, a lo que la administración contesta que:

*«La letra e), del apartado 2 del artículo 42 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE del día 29), señala que no tendrán la consideración de rendimientos de trabajo en especie: “e) Las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador”.*

*Por lo tanto, para la aplicación de esta letra se requiere que el seguro cubra únicamente el riesgo de accidente laboral o de responsabilidad civil sobrevenido a sus trabajadores en el ejercicio de sus actividades laborales. La cobertura del contrato debe alcanzar al trabajador, entendiendo dicho término o expresión —“trabajador”— como persona que presta servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física y jurídica, denominado empleador o empresario.*

*En consecuencia, la aplicación de la exención estará vinculada a la existencia de una relación laboral. La posible existencia o no de una relación de naturaleza laboral es una cuestión sobre la que no puede pronunciarse este Centro Directivo al ser ajena al ámbito tributario. No obstante, sí se puede informar sobre el régimen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aplicable a cada uno de los distintos casos.*

*— Si la relación que uniera a los empleados con la entidad consultante fuera de naturaleza laboral, y se cumplieran el resto de requisitos exigidos en la letra e) apartado 2 del artículo 42 de la LIRPF, entonces las primas o cuotas satisfechas por la empresa no tendrían la consideración de rendimientos del trabajo en especie.*

*— En el supuesto de no existir una relación laboral, o no cumplirse todos los requisitos exigidos en la letra e) del apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Impuesto, las primas o cuotas satisfechas por la entidad consultante tendrían la consideración de retribución en especie y se valorarían por el coste para el pagador inclu-*

*yendo los tributos que gravasen la operación. Sobre el valor resultante, existirá la obligación de practicar un ingreso a cuenta».*

Como bien indican A. Blázquez Lidoy, e I. Martín Dégano, *Manual de Tributario de entidades no lucrativas (asociaciones y fundaciones)*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2012, p. 108, «no puede entenderse que un patrono deje de actuar gratuitamente porque tenga un seguro de responsabilidad civil a la hora de ejercer su cargo. La gratuidad, rectamente interpretada, implica que un patrono no debe obtener beneficio alguno por su dedicación. Y un seguro no implica para él beneficio, sino que se hace para poder llevar a cabo el ejercicio de su cargo. En este sentido, debería revisarse la interpretación de la DGT, que, además, no goza de soporte legal claro. En estos casos debe entenderse que las rentas excluidas de gravamen alcanzan también a los patronos, aunque no tengan la nota de alteridad o dependencia de los trabajadores».

Téngase en cuenta que en algunos supuesto la suscripción de una póliza de Responsabilidad Civil es una obligación *ex lege*, así la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, estipula que las empresas propietarias de plataformas de *crowdfunding* deberán contar con un capital social de 60.000 € como mínimo (en el caso de que la financiación canalizada a través de la plataforma haya sido superior a los 2.000.000 € durante los últimos 12 meses, el capital social mínimo ascenderá a 120.000 €), o bien contar con un seguro de responsabilidad social con una cobertura mínima de 300.000 € por reclamación de daños y un total de 400.000 € anuales para todas las reclamaciones.

De ahí que la Proposición de Ley de modificación de la Ley 49/2002 del grupo parlamentario catalán, de 2012, propusiese que para la retribución de los administradores no tenga la consideración de remuneración de los cargos los seguros de responsabilidad civil contratados por las Entidades Sin Fines Lucrativos en beneficio de los patronos, representantes estatutarios y miembros del órgano del gobierno y la retribución percibida por el administrador, de manera que estaría exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y no existiría obligación de practicar retención a cuenta de este impuesto. De igual manera, las retribuciones satisfechas pasarían a tener la consideración de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades de las sociedades mercantiles participadas. Si bien lamentablemente la última reforma de la Ley 49/2002<sup>44</sup>, no tuvo en cuenta esta medida.

<sup>44</sup> A. MUÑOZ VILLARREAL, «Las omisiones de la última reforma fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos», en I. GARCÍA-OVÉIS SARANDESES, J. PEDREIRA MENÉNDEZ, y B. SESMA SÁNCHEZ (dirs.) *Conflictos Actuales en Derecho Tributario. Homenaje a la Profesora Fernández Junquera*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 841-856, así como C. GARCÍA-HERRERA BLANCO, «Los Benefi-

Ahora bien, el criterio de la administración ha sido, acertadamente en nuestro opinión, modificado mediante CDGT de este mismo año, en concreto la CDGT V0868-17 y la V0869-17.

En la segundas de ellas, se aborda específicamente el caso de los patronos, pues se trata de un supuesto en que varias entidades tienen suscritos seguros de responsabilidad civil para la cobertura de los patronos, administradores y directivos del grupo. En concreto la póliza de seguro, de vigencia anual, prevé una indemnización global máxima y la definición del colectivo asegurado es amplia e innominada. Con carácter general, las personas aseguradas son los administradores, directivos o patronos así como cualquier persona física, cualquiera que sea la denominación de su cargo, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad. También se extiende al cónyuge o pareja de hecho, la masa hereditaria, herederos, representantes legales o albaceas de la persona asegurada. Por tanto, la póliza cubre no solo a las personas que desempeñan dichas funciones en la actualidad, sino también a aquellos otros que hayan ejercido las mismas con anterioridad. Las primas de la póliza se abonan de manera indiferenciada, sin atribución individualizada de la parte de la prima que corresponde a cada persona asegurada. La póliza se extiende tanto a aquellas personas que desempeñen su cargo en la entidad, así como en cualquier filial del grupo o entidad participada no controlada por la misma. La eficacia de la póliza se extiende automáticamente a cualquier nueva filial o participada, que adquiera dicha condición de manera sobrevenida durante la vigencia de la póliza.

Las citadas entidades consultan si las primas satisfechas en virtud de un seguro de responsabilidad civil, con las características indicadas, para cubrir los riesgos asumidos por la misma en relación con el ejercicio de las funciones de sus administradores, directivos y patronos, no constituye una retribución en especie.

La Administración viene a contestar que

*«partiendo de la hipótesis de que las características del seguro objeto de consulta son las descritas en su escrito por el consultante, el artículo 42 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre de 2006) —en adelante LIRPF—, dispone:*

---

cios fiscales a las Entidades sin Fines Lucrativos y la reforma tributaria de 2014», *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario, «La reforma del sistema tributario español»*, 2.<sup>a</sup> parte, IEF, Madrid, 2015, pp. 149-156.

*“Artículo 42. Rentas en especie.*

1. *Constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las concede.*

*Cuando el pagador de las rentas entregue al contribuyente importes en metálico para que éste adquiera los bienes, derechos o servicios, la renta tendrá la consideración de dineraria.*

2. (...)".

*A la vista de las características del contrato de seguro objeto de consulta y conforme a lo dispuesto en el precepto transrito, cabe considerar, en el presente caso, que no existe retribución en especie sometida al IRPF».*

En la primera de las consultas, la entidad consultante tiene suscritas diferentes pólizas de seguro que cubren el riesgo de las posibles responsabilidades civiles en que incurran, entre otros, sus administradores. En este caso el seguro se estructura en capas, de forma que hay una póliza por tramo de cuantía asegurado. La prima anual es abonada por la consultante, en calidad de compañía matriz del grupo mercantil.

El seguro cubre las responsabilidades civiles en que puedan incurrir las personas físicas que tengan la condición de administradores de compañías del grupo. También se incluye a los representantes del grupo en órganos de administración de entidades participadas. Asimismo abarca a los empleados que son codemandados con los administradores o ejercen determinadas funciones directivas. Los cónyuges de las personas aseguradas también se encuentran cubiertos por los daños que se les pudieran comunicar (que afecten a los bienes gananciales). En algunos casos, la propia compañía se encuentra amparada por el seguro (reclamación de valores o cuando tiene la obligación de reembolsar cantidades a consejeros y directivos). La póliza cubre también a personas jurídicas.

No hay en las pólizas una designación personal e individualizada de las personas físicas amparadas por el seguro, y la prima no se calcula en función de las condiciones concretas del asegurado ni del número de las personas físicas o jurídicas cubiertas.

La cobertura incluye cualquier reclamación efectuada durante el período de vigencia de la póliza, con independencia de que el acto reclamado haya tenido lugar en un período anterior. Por tanto, el seguro también cubre la responsabilidad de administradores y directivos que ya no ejercen dichas funciones en la actualidad.

Se consulta si el abono de las primas por el seguro mencionado no tiene la consideración de rendimiento de trabajo en especie para todas las personas cubiertas por el mismo, y no conlleva por tanto la obligación de practicar ingreso a cuenta por parte de la consultante.

La Dirección General de Tributos concluye que

*«en relación con la cuestión planteada, partiendo de la hipótesis de que las características del seguro objeto de consulta son las descritas en su escrito por el consultante, el artículo 42 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE del día 29) dispone lo siguiente:*

*“1. Constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.*

*Cuando el pagador de las rentas entregue al contribuyente importes en metálico para que éste adquiera los bienes, derechos o servicios, la renta tendrá la consideración de dineraria.*

2. (...)"

*A la vista de las características del contrato de seguro objeto de consulta y conforme a lo dispuesto en el precepto transcrita, cabe considerar, en el presente caso, que no existe retribución en especie sometida al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas».*

De manera que, viene a modificar su criterio previo en relación con la calificación como rentas en especie, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de las primas del seguro de responsabilidad civil, y concluye que dichas primas no tendrán tal consideración en el caso de que la póliza cubra a un colectivo innombrado de asegurados y la prima se abone de manera indiferenciada, esto es, sin atribución individualizada de la parte de la prima correspondiente a cada uno de los asegurados.

#### **IV. Conclusiones**

Por lo antes expuesto somos partidarios de que las Fundaciones (y demás Entidades sin Fines Lucrativos) tengan un trato fiscal beneficioso, acudiendo para ello al derecho comparado. Si bien no desconocemos que parte de la doctrina académica es contraria a un tratamiento privilegiado para las Fundaciones, pues consideran que debe ser el Estado, como cauce de la voluntad

general, el que debe satisfacer las necesidades colectivas, y que la concesión de beneficios disminuye los recursos públicos y puede traducirse en un aumento de la tributación de los demás, provocando además otras consecuencias no deseadas, tales como la de distorsionar las condiciones del mercado. Además, de cuestionar la eficacia de las Fundaciones en la consecución de los fines de interés general y señalar la mala utilización que, en ocasiones, desgraciadamente, se hace de las figuras de las fundaciones y asociaciones (con conocidos casos de fraude fiscal).

En concreto somos partidarios de que no tenga la consideración de remuneración de los cargos de las Fundaciones, los seguros de responsabilidad civil contratados por estas en beneficio de los patronos, representantes estatutarios y miembros del órgano del gobierno y la retribución percibida por el administrador estaría exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y no existiría obligación de practicar retención a cuenta de este impuesto. De igual manera, las retribuciones satisfechas pasarían a tener la consideración de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades de las sociedades mercantiles participadas.

Todo ello con independencia de que la póliza designe, o no, personal o individualmente a las personas físicas aseguradas y la prima se calcule, o no, en función de las condiciones concretas del asegurado o del número de las personas físicas o jurídicas cubiertas, ya que en la contratación de este tipo de pólizas no es infrecuente que se nominen los asegurados y entonces se seguiría considerando una retribución en especie.

## Bibliografía

- ARIAS VELASCO, J., *La fiscalidad de las entidades sin ánimo de lucro*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 17.
- BERGÓS CIVIT, R., «Régimen fiscal del patrocinio y mecenazgo», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMOROS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentario a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, 2005, Iustel, Madrid, p. 1041.
- BLÁZQUEZ LIDOV, A. y MARTÍN DÉGANO, I., *Manual tributario de entidades no lucrativas (asociaciones y fundaciones)*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2012.
- «Aspectos problemáticos y propuestas de reforma de la Ley 49/2002 en materia de mecenazgo», *Crónica tributaria*, n.º 145, 2012, pp. 7-38.
- BLÁZQUEZ LIDOV, A. y MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J., «Reflexiones sobre la situación actual y propuestas de futuro del régimen tributario del mecenazgo», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, n.º 218, 1, 2001, pp. 81-130.

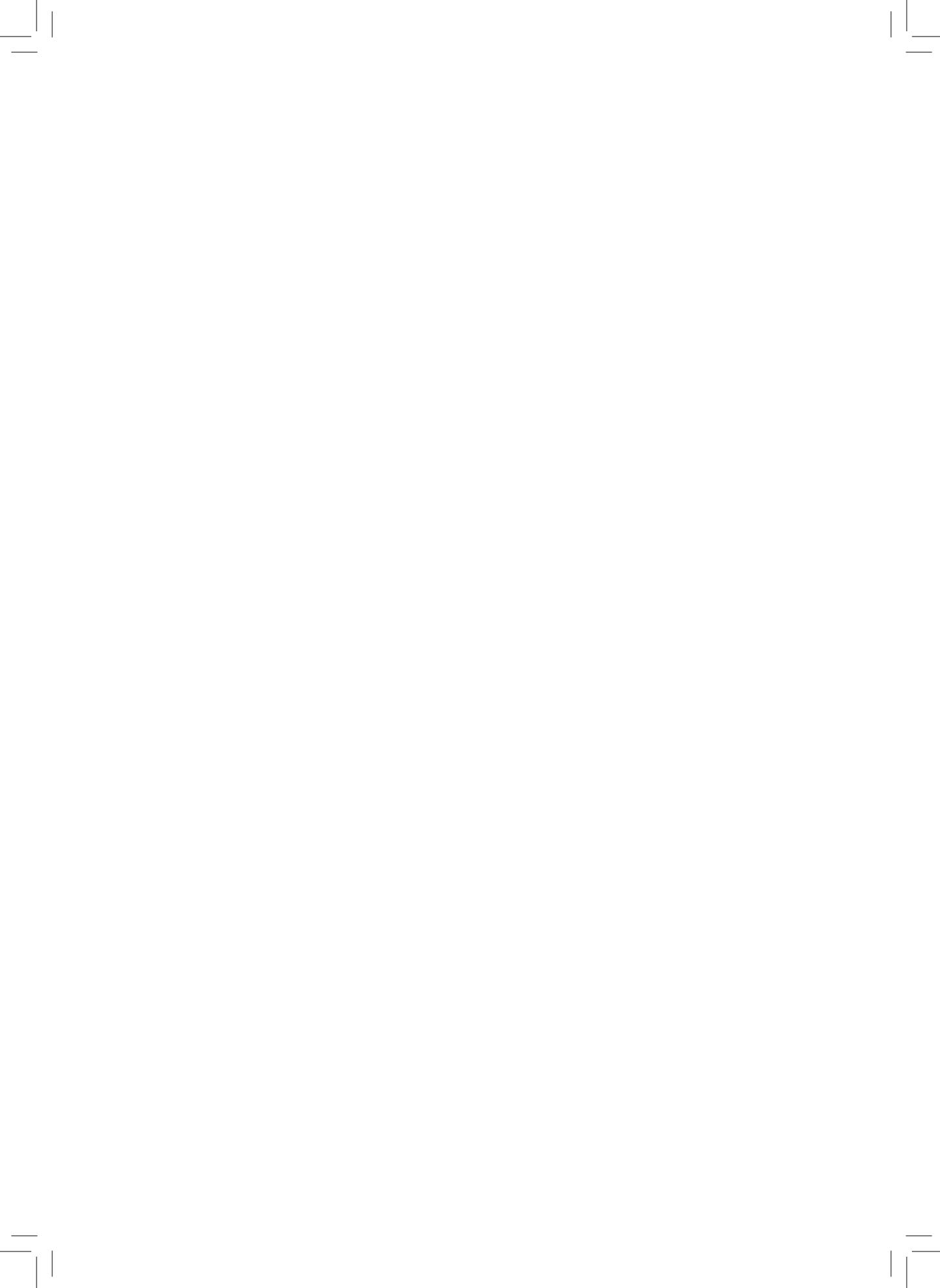
- BLÁZQUEZ LIDOV, A. y PEÑALOSA ESTEBAN, I., «El régimen fiscal del mecenazgo en el derecho comparado: Alemania, Reino Unido, Francia y Estados Unidos», *Participación cívica y ciudadana*, n.º 872, 2013, pp. 29-44.
- CABRA DE LUNA, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., «El tercer sector en España: ámbitos, tamaño y perspectivas», *Revista española del tercer sector*, n.º 1, 2005, p. 98.
- CALVO ORTEGA, R. (dir.), *Fiscalidad de las entidades de economía social*, 2005, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, p. 41.
- «Entidades de economía social: razones de una fiscalidad específica».
- «Nuevo régimen fiscal de las fundaciones de exención plena: un paso adelante», *Nueva fiscalidad*, n.º 6, 2002, p. 12.
- CARRASCO DÍAZ, D. et alii, *Las asociaciones: Régimen contable y régimen fiscal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 72 y 76.
- CASANELLAS CHUECOS, M., *El nuevo régimen tributario del mecenazgo*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 71.
- COLAO MARÍN, P. A., «Requisitos de acceso al régimen tributario para entidades sin fines lucrativos de la Ley 30/1994, de mecenazgo, y ausencia de ánimo de lucro», *Jurisprudencia tributaria Aranzadi*, Vol. 3, 1999.
- CRUZ AMORÓS, M., «Régimen tributario de las entidades sin fin de lucro», en OLMO VICENTE, I. (coord.), *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable: jornadas sobre la nueva ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, 1995, Dykinson, Madrid, p. 138.
- CRUZ AMORÓS, M. y LÓPEZ RIVAS, S., *La fiscalidad en las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y acción privada*, Cideal y PCW, Madrid, 2004, p. 40.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, E., «Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos: requisitos», en ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, C. et alii (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 709.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., «Los Beneficios fiscales a las Entidades sin Fines Lucrativos y la reforma tributaria de 2014», *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario, «La reforma del sistema tributario español»*, 2.ª parte, IEF, Madrid, 2015, pp. 149-156.
- GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E., «Reflexiones sobre el régimen fiscal del mecenazgo en España», en J. M. IGLESIAS GIL, *Actas de los X cursos monográficos sobre el patrimonio histórico*, Universidad de Cantabria, Reinosa, 2000, p. 91.
- GOTA LOSADA, A. y DEL CAMPO, J. A., *La fiscalidad de las fundaciones y el mecenazgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 201 y 1008.
- HERNÁNDEZ LAVADO, A., «La fiscalidad el convenio empresarial en actividades de patrocinio al patrimonio cultural», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXVII, 2009, pp. 49-50.
- MARTÍN DÉGANO, I., «Las fundaciones y los fines de interés general. La exclusión de las fundaciones patrimoniales (RTEAC de 29 de noviembre de 2012,

- R. G. 3669/2010)», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, n.º 375, 2014, p. 109.
- MARTÍN DÉGANO, I., VAQUERA GARCÍA, A. y MENÉNDEZ GARCÍA, G. (coord.), *Estudios de derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, Vol. II, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 1545.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Fundaciones y mecenazgo: análisis jurídico-tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 47.
- MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L., «Régimen tributario de las fundaciones en España», *Revista de información fiscal*, n.º 25, 1998, p. 16.
- MUÑOZ VILLARREAL, A., «Fiscalidad empresarial en Europa y Competitividad», en JALABERA RODRÍGUEZ, A. (dir.), *Responsabilidad Social Corporativa e Incentivos fiscales al Mecenazgo Cultural en el Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 337-35.
- «Las omisiones de la última reforma fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos», en GARCÍA-OVIES SARANDESES, I., PEDREIRA MENÉNDEZ, J., y SESMA SÁNCHEZ, B. (dirs.), *Conflictos Actuales en Derecho Tributario. Homenaje a la Profesora Fernández Junquera*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 841-856.
- «Las Entidades Sin Fines Lucrativos como obligado tributario en el Impuesto sobre Sociedades», *Crónica Tributaria*, n.º 6, Madrid, 2013, pp. 63-76.
- PARDO CARMONA, M., «La exención de las fundaciones en el impuesto sobre sociedades», en AA.VV., *El impuesto sobre la renta de las personas físicas: pasado, presente y futuro del tributo: XXXVII Semana de estudios de derecho financiero*, 1991, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, p. 91.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *El régimen fiscal del sector no lucrativo y del mecenazgo. Comentarios a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2003, p. 83.
- «El nuevo régimen fiscal del sector no lucrativo», *Gaceta Fiscal*, n.º 214, 2002, p. 46.
- Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Lex Nova, Valladolid 1999, p. 124.
- PEÑALOSA ESTEBAN, I., «La reforma de los incentivos fiscales al mecenazgo: luces y sombras», *Anuario de derecho de fundaciones*, n.º 1, 2014, pp. 279-319.
- PÉREZ DE AYALA, J. L., «Las fundaciones ante el impuesto de sociedades», en I. OLMO VICENTE, *Las fundaciones. Su fiscalidad e incentivos al mecenazgo*, Madrid, Dykinson, 1998.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «El derecho de fundación como derecho constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 9, 1996, p. 170.
- «Artículo 2», en DE LORENZO, R., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 24.

- «Relaciones de las fundaciones con los protectorados», en DE LORENZO, R. y CABRA DE LUNA, M. A., *Presente y futuro de las fundaciones*, Civitas-Fundación Once, Madrid, 1990, p. 25.
- POUS DE LA FLOR, M.<sup>a</sup> P., «Legislación aplicable. Pluralidad normativa. Derecho estatal y derecho autonómico. Constitución y atribución de personalidad», *Las fundaciones. Aspectos jurídicos y fiscales. Planificación de actividades y comunicación*, Colex, Madrid, 2010, p. 20.
- RUIZ GARJO, M., «Entidades sin fines lucrativos: fundaciones y asociaciones de utilidad pública», en CALVO ORTEGA, R. (dir.), *Fiscalidad de las entidades de economía social*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 46, 59 y 395-474.
- «Requisitos fiscales de las entidades sin fines lucrativos para la obtención del régimen de exención (1)», *Jurisprudencia tributaria Aranzadi*, n.<sup>o</sup> 2, 2004, pp. 43-45 y 55-56.



# **CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**



# **Andalucía. Novedades en materia de fundaciones, tercer sector y cooperación al desarrollo<sup>1</sup>**

*Manuel Rodríguez Portugués*

Profesor Contratado Doctor (acreditado TU)  
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO: 1. *Nuevos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la integración del personal de fundaciones del sector público extinguidas en entidades de Derecho público.* 2. *Creación de la Comisión de Coordinación de las Fundaciones del sector público de Andalucía adscritas a la Consejería competente en materia de salud.*—II. TERCER SECTOR: 1. *Fundaciones y demás entidades privadas del tercer sector en la nueva Ley de Servicios Sociales de Andalucía de 2016.* 2. *Creación de la Comisión Permanente de Diálogo con la Mesa del Tercer Sector de Andalucía.*—III. NOVEDADES EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL DESARROLLO: 1. *Nuevas bases reguladoras para la concesión de subvenciones por la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo.* 2. *Las ayudas del Parlamento de Andalucía en materia de cooperación internacional del desarrollo.*

En el período considerado por la presente crónica se exponen las principales novedades acaecidas en Andalucía en el año 2016 tanto en materia de fundaciones como de tercer sector y cooperación internacional al desarrollo. En relación con el primer punto, es necesario aludir a un nuevo pronunciamiento del TS sobre un problema del que se ha ido dando cuenta en ediciones anteriores: la integración, en diversos entes de la Administración andaluza instrumental, del personal de fundaciones del sector público extinguidas. También se da a conocer, dentro de esta materia, una innovación organizativa: la creación de la Comisión de Coordinación de las Fundaciones del sector público de Andalucía adscritas a la Consejería competente en materia de salud. En relación con el segundo punto, aludimos al papel de las fundaciones en la nueva Ley andaluza de servicios sociales de 2016 y a su consideración como «entidades de iniciativa social». También aquí es necesario dar noticia de otra innovación organizativa específica en este sector: la

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación con referencia DER2015-67695-C2-2-P (MINECO/FEDER), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

creación de la Comisión Permanente de Diálogo con la Mesa del Tercer Sector de Andalucía. Y por lo que se refiere a la cooperación internacional al desarrollo, lo más destacable ha sido —en relación con las fundaciones andaluzas— la aprobación de unas nuevas bases reguladoras para el otorgamiento de ayudas a ONGD por parte de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, y la concesión de nuevas subvenciones en esta materia por parte de la Mesa del Parlamento de Andalucía.

## I. Fundaciones del sector público

### 1. *Nuevos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la integración del personal de fundaciones del sector público extinguidas en entidades de Derecho público*

En números anteriores de este Anuario se daba noticia de la importante STS de 2 de octubre de 2013. En ella, el TS intervino en el conflicto suscitado con ocasión de la reforma del sector público andaluz en 2010 y la integración del personal laboral procedente de determinadas fundaciones del sector público andaluz en algunas entidades de Derecho público, sin que —al parecer— se hubiera dado cumplimiento en bastantes casos a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. En particular, la citada STS de 2 de octubre de 2013 declaró en el caso concreto —la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE)— que la extinción de fundaciones del sector público y la casi automática integración de su personal en entidades instrumentales de Derecho público no resultaba contrario a los citados principios de acceso al empleo público (art. 23.2 CE).

En el período considerado por la crónica anterior se mostró cómo dicha doctrina se ha consolidado a través de una serie de sentencias del Tribunal Supremo sobre supuestos equivalentes. En el año 2016 se ha dictado una nueva Sentencia sobre idéntico problema en relación con la misma fundación —la FAFFE—, si bien a instancias de un recurrente distinto, el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía. Se trata de la STS de 21 de enero de 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>, ponente Maurandi Guillén), por la que se resuelve el recurso de casación 71/2014. Su interés radica en que se tratan argumentos parcialmente distintos a los de los pronunciamientos de años anteriores.

Las razones esgrimidas por el recurrente han sido básicamente dos. La primera consistió en la vulneración de los artículos 28 y 37 de la Constitución, es decir, libertad sindical y derecho a la negociación colectiva. El núcleo

del argumento residía en que la integración del personal procedente de la FAFFE se hizo sobre la base de la negociación realizada en la Mesa General de la Junta de Andalucía, considerada insuficiente porque el ámbito adecuado no era el de la Mesa general sino, por un lado, el de la Mesa Sectorial y, por otro, el de la Comisión del VI Convenio Colectivo del Personal laboral. El Sindicato señalaba que sólo se dio trámite de audiencia, pero sin ofrecerse una posibilidad efectiva de negociación. Precisaba que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, regula los órganos en los que ha de efectuarse la negociación, y que estos órganos resultan indisponibles, acarreando, el incumplimiento de lo así establecido, la referida vulneración del derecho de libertad sindical. Sin embargo, a este argumento responde el Tribunal Supremo precisando que el Decreto litigioso, en cuanto al traspaso del personal de la extinta FAFFE a unos nuevos entes públicos y la subrogación de estos últimos en la posición que tenían en el ente anterior, es simple reiteración o reproducción de un mandato legal; no tiene, por tanto, innovación alguna. Además, arguye el Tribunal Supremo, el ejercicio válido de la potestad legislativa no está sometido a ninguna exigencia de negociación previa, estando la primacía de la ley sobre la negociación colectiva proclamada expresamente por el artículo 33 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando dispone: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos... quedará sujeta a los principios de legalidad...».

El segundo argumento utilizado por el Sindicato recurrente descansa en la vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución. La reorganización del Sector público Andaluz ha dado lugar a la integración de las empresas públicas extinguidas en Agencias de nueva creación; y que ese personal, seleccionado en su día por normas de Derecho Privado, habría pasado al empleo público sin someterse a pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de ofertas públicas. A ello el Tribunal Supremo objeta —con razonamientos que ya nos son conocidos— que hay unos datos que necesariamente han de ser tomados en consideración para decidir si la disposición impugnada incurrió en la vulneración del derecho de acceso a las funciones públicas conforme a los principios de igualdad mérito y capacidad que garantizan los artículos 14 y 23.2 de la Constitución:

«Que el personal laboral procedente de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, así como el personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía, no cambió su régimen jurídico de personal laboral como consecuencia de lo establecido en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, y del Decreto 96/2011 de la Junta de Andalucía. Que tampoco cambió la titularidad pública de la

entidad empleadora ni el objeto de su actividad, y la máxima modificación operada a causa de esas normas, en algunos casos, fue el régimen de personificación de dicho empleador (que pasó, de constituir una entidad fundacional de naturaleza pública, a ser sucedido por una agencia pública a la que se asignaron los cometidos de aquélla).

Que la subrogación del nuevo empleador en la situación jurídica que ostentaba el anterior en sus contratos de trabajo no es una innovación normativa, sino un aplicación de la regulación de la sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general (art. 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores); y esta última regulación, claramente dirigida a favorecer la estabilidad laboral, no está alejada del designio de pleno empleo que incorpora el artículo 40.1 CE como principio rector de política social.

Que las disposiciones adicionales primera y segunda del Decreto 96/2011 de la Junta de Andalucía carecen de sustantividad jurídica, pues se limitan a cumplir en sus términos la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011.

Y que tanto la Ley 1/2011 (disposición adicional cuarta 1.b), como el Decreto 96/2011 (disposición segunda, 3), establecen que ese personal laboral que así se integra solamente podrá pasar a la función pública de la Administración Pública de la Junta de Andalucía o a su personal laboral si supera los correspondientes procesos selectivos.

Esos datos impiden apreciar en la integración aquí controvertida, regulada por esas disposiciones adicionales primera y segunda del Decreto 96/2011, un acceso al empleo público que merezca ser calificado de gratuito, ilegal o injustificadamente discriminatorio. No es ilegal porque, por un lado está amparado en lo que establece la Ley 1/2011 (disposición adicional cuarta 1.b) y, por otro, es coherente con lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Tampoco es gratuito, arbitrario o injustificadamente discriminatorio, porque pretende cohonestar la nueva configuración del sector público de Andalucía, dispuesta por el legislador autonómico, con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las entidades o empresas públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida; y porque la integración no supone ningún plus adicional al status laboral que antes poseía el personal integrado, al quedar circunscrita, como ya se ha señalado, a la Agencia que ha sucedido en su actividad a las entidades o empresas públicas suprimidas, y no permitir a dicho personal pasar por vías excepcionales a la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

La conclusión que se deriva de lo anterior es que esa integración aquí polémica dispuesta por el Decreto 96/2011 no puede considerarse contraria al derecho reconocido por el artículo 23.2 CE, en su vertiente de acceso a la función pública; pues no afecta a los miembros del sindicato recurrente en esta casación que ya son funcionarios de carrera o personal laboral fijo de la Junta de Andalucía, y tampoco significa, por lo ya dicho, una desigualdad de trato que, por carecer de justificación razonable, merezca la calificación de discriminatoria respecto de los empleados de esas entidades que sean funcionarios interinos o personal laboral temporal» (FJ 4).

Por lo demás, la STS se mueve en una línea similar a lo que había señalado un mes antes en general el Tribunal Constitucional en relación con la Ley 1/2011 de Reordenación del Sector Público Andaluz:

«Los recurrentes no alegan ningún indicio o elemento que permita fundamentar el juicio de que los criterios establecidos en la disposición adicional cuarta para la integración del personal funcionario o laboral en las nuevas agencias no sean constitucionalmente adecuados. En primer lugar, la disposición adicional cuarta cumple suficientemente la exigencia de predeterminación normativa que dimana del artículo 23.2 CE, al determinar con carácter general y de forma previa los requisitos de integración de los funcionarios públicos en las nuevas agencias que deberá aplicar la Administración. En segundo lugar, las reglas que se establecen en la disposición adicional cuarta son objetivas, no tienen en cuenta situaciones individuales ni incluyen referencias individualizadas o *ad personam* y no abren la puerta a la asignación de puestos de trabajo con desprecio de los principios de mérito y capacidad. En definitiva, no se aprecia norma alguna capaz de quebrar la igualdad o que se desvíe de la consecución de la situación jurídica de igualdad de los empleados públicos (funcionarios y contratados) respecto a la integración en las nuevas agencias. Por ello, debemos rechazar la impugnación genérica, por vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE, que se formula contra la disposición adicional cuarta» (STC 236/2015 de 19 noviembre; FJ 8)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Sobre esta Sentencia puede verse el comentario de José ORTIZ MALLOL, «La sentencia del Tribunal Constitucional 236/2015, de 19 de noviembre de 2015 sobre la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía (y Damocles guardó la espada)», en la *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 93 (2015).

## **2. Creación de la Comisión de Coordinación de las Fundaciones del sector público de Andalucía adscritas a la Consejería competente en materia de salud**

Precisamente como consecuencia del aludido proceso de reordenación del sector público andaluz, las fundaciones del sector público que perviven como pertenecientes a la Administración de esta Comunidad Autónoma, desempeñan sus funciones sobre todo en el ámbito sanitario. De ahí que el Gobierno andaluz haya estimado oportuno crear en el seno de la Consejería competente en salud un órgano colegiado con funciones de coordinación de dichas fundaciones<sup>3</sup>. Se trata de la Comisión de Coordinación de las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía adscritas a la Consejería competente en materia de salud, creada y regulada por el Decreto 153/2016, de 20 de septiembre<sup>4</sup>.

Como se ha señalado, las funciones del nuevo órgano son de coordinación, y están enumeradas en el artículo 2.3 del Decreto:

- a) Potenciar la sinergia en los distintos campos de investigación en salud que desarrolleen las Fundaciones.
- b) Favorecer las relaciones institucionales con organismos e instituciones nacionales e internacionales para la consecución de sus fines.
- c) Mejorar la calidad, efectividad y eficiencia mediante la transferencia e intercambio de capacidades, conocimiento y experiencias entre las Fundaciones.
- d) Fomentar las alianzas estratégicas y de los proyectos de gestión compartida.
- e) Desarrollar e impulsar los programas de investigación orientados a la promoción de la salud y prestación de la asistencia sanitaria, en el marco de

---

<sup>3</sup> En la exposición de motivos del Decreto se citan:

—La Fundación Pública Andaluza para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental Alejandro Otero (FIBAO).  
—La Fundación Pública Andaluza para la Investigación de Málaga en Biomedicina y Salud (FIMABIS) (antigua IMABIS).  
—La Fundación Pública Andaluza Rey Fahd Bin Abdulaziz.  
—La Fundación Pública Andaluza para la Gestión de la Investigación en Salud de Sevilla (FISEVI).  
—La Fundación Pública Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental (FAISEM).  
—La Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud.  
<sup>4</sup> BOJA núm. 186, de 27 de septiembre de 2016.

las directrices generales establecidas por la Consejería competente en materia de salud.

f) Conseguir la máxima eficiencia en la utilización de sus recursos adoptando los instrumentos de gestión necesarios para la situación de cada Fundación y desarrollando estrategias de coordinación.

g) Desarrollar proyectos comunes para la generación de la información que, para la mejora del Sistema Sanitario Público de Andalucía, aporten las actuaciones de las distintas Fundaciones.

h) Coordinar en aras al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, en lo referente al grado de cumplimiento y resultados de los planes y programas anuales y plurianuales.

i) Establecer procedimientos y protocolos comunes en el ámbito de sus competencias.

j) Aprobar el Reglamento de Funcionamiento Interno que, en todo caso, determinará que las funciones de dinamización de dicha Comisión corresponderán a la Vicepresidencia segunda.

En cuanto a la composición, a tenor del artículo 3 se integran en él tanto representantes de los órganos de la Administración central de la Junta de Andalucía a los que las fundaciones se encuentran adscritas como representantes de las mismas fundaciones en distinta proporción:

a) La Presidencia será ejercida por la persona titular de la Viceconsejería de la Consejería competente en materia de salud.

b) La Vicepresidencia primera será ejercida por la persona titular de la Secretaría General competente en materia de investigación de la Consejería competente en materia de salud.

c) La Vicepresidencia segunda será ejercida por la persona titular de la Dirección Gerencia de la Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud.

d) Las Vocalías se distribuyen de la siguiente manera:

1.º La persona titular de la Dirección General competente en materia de investigación de la Consejería competente en materia de salud.

2.º La persona que ostente el cargo de Gerente o similar de cada una de las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, excepto la Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud, adscritas a la Consejería competente en materia de salud, conforme al artículo 21 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma

de Andalucía, y los respectivos Estatutos por cada una de las Fundaciones conforme a las reglas aplicables a cada una.

Finalmente, se prevé que la Comisión se reúna, como mínimo, una vez al semestre (y, en su caso, cuando sea convocada por la persona que la preside) (art. 4).

## II. Tercer Sector

### 1. *Fundaciones y demás entidades privadas del tercer sector en la nueva Ley de Servicios Sociales de Andalucía de 2016*

La principal novedad acaecida en el tercer sector durante el período considerado para esta crónica es, sin duda y por su importancia, la aprobación de la Ley andaluza 9/2016, de 27 de diciembre, por la que se regulan los Servicios Sociales de Andalucía<sup>5</sup>. Es una Ley extensa, de 141 artículos, y sustituye a la anterior de la misma materia y que databa de 1988<sup>6</sup>.

Gran parte de la Ley se dedica a la regulación del sistema público de servicios sociales, pero —por lo que aquí interesa— también hay un amplio margen a la iniciativa privada. De hecho, cuando el artículo 3 define las «entidades de iniciativa social», el primer tipo de entidad que menciona es a las fundaciones, seguidas de las «asociaciones, organizaciones de voluntariado y demás entidades e instituciones sin ánimo de lucro», e incluye a las «cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro conforme a su normativa específica».

El estatuto jurídico de estas entidades viene definido fundamentalmente por el deber de contar con autorización administrativa en lo que se refiere a la puesta en marcha de «centros de servicios sociales comunitarios, los centros y servicios de día y de noche y los centros y servicios de atención residencial». El resto de actuaciones enmarcadas en los servicios sociales queda sometido al régimen de «comunicación administrativa» en los términos que reglamentariamente se especifiquen (art. 83).

La colaboración entre estas entidades y la Administración tiene como instrumento central el denominado «concierto social», para cuya suscripción tienen preferencia las entidades de iniciativa social que —como las fundaciones— carezcan de ánimo de lucro (pues también se contemplan como posibles colaboradoras a las empresas dedicadas a este tipo de actividades). Dicho

<sup>5</sup> BOJA núm. 248, de 29 de diciembre de 2016.

<sup>6</sup> Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía.

concierto tiene naturaleza contractual y está, por tanto, al margen de los tipos contractuales de la legislación de contratos del sector público, aunque queda sometido a sus principios (art. 101).

Para acceder al régimen de concierto, la entidad en cuestión debe reunir los requisitos enumerados en el artículo 105. Entre ellos, además de los de índole sustantiva, se incluyen los siguientes de carácter formal (además del general de contar con la debida autorización de funcionamiento cuando sea necesaria): estar inscritas en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales; y contar con la acreditación administrativa debidamente inscrita en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales, en los términos que reglamentariamente se determinen. La inscripción en el Registro no es obligatoria, pero sí preceptiva para aspirar a acceder al sistema de conciertos y demás ayudas y subvenciones. En cuanto a la «acreditación administrativa» se trata de un acto administrativo que la entidad interesada solicita con la finalidad de que se compruebe el cumplimiento de los requisitos de calidad de los centros y servicios objeto de concierto (art. 84).

Además del concierto, la Ley contempla otros dos instrumentos de colaboración, aunque con carácter subsidiario respecto de aquel. El primero es el contrato del sector público que resulte apto para la gestión indirecta de servicios públicos, cuando por su objeto no sea posible el régimen de concierto social (art. 108). El segundo es el convenio, sometido a los principios del concierto en lo que no sea incompatible con su naturaleza (art. 110).

Finalmente, las entidades privadas de iniciativa social sin ánimo de lucro son objeto de diversas medidas de fomento. La más importante se materializa en el otorgamiento de ayudas y subvenciones (art. 112). Pero también se contempla una específica medida de fomento de carácter honorífico, la obtención de la declaración de «interés social para Andalucía», que también tiene ciertos efectos jurídicos, puesto que se erige en criterio preferencial para la obtención de ayudas y subvenciones en esta materia (art. 114).

## **2. *Creación de la Comisión Permanente de Diálogo con la Mesa del Tercer Sector de Andalucía***

También debe destacarse otra novedad en el ámbito del Tercer Sector, en este caso exclusivamente desde el punto de vista organizativo. Ya en 2012, siguiendo la estela de lo acontecido a escala nacional, se creó en Andalucía una entidad privada de naturaleza asociativa y sin ánimo de lucro —al amparo de la Ley andaluza de Asociaciones—, denominada «Mesa del Tercer Sector de Andalucía». Esta asociación aglutina a las organizaciones, redes y

entidades más significativas de las que en la actualidad conforman el tercer sector de acción social en Andalucía, tales como —entre otras— la Red Andaluza de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (EAPN-A), el Comité de Entidades Representantes de Personas con Discapacidad en Andalucía (CERMI-ANDALUCÍA), la Plataforma Andaluza de Voluntariado, Cáritas Regional de Andalucía, Cruz Roja Española en Andalucía y la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE)<sup>7</sup>.

En tal contexto, y en atención a las consecuencias sociales de la crisis económica que aún persisten y las competencias en materia de asistencia social de la Junta de Andalucía, el Gobierno andaluz ha considerado conveniente crear un órgano de participación ciudadana con el que tratar de establecer sinergias y vínculos de cooperación entre la Administración andaluza y la citada Mesa del Tercer Sector.

Dicho órgano es la «Comisión Permanente de Diálogo con la Mesa del Tercer Sector de Andalucía», creada y regulada por el Decreto 98/2016, de 10 de mayo<sup>8</sup>. Se trata de un órgano colegiado adscrito a la Consejería con competencias en políticas sociales.

Sus funciones son consultivas y de participación, y están enumeradas en el artículo 3.2 del Decreto:

- a) Ser informada de los proyectos normativos, planes e iniciativas de política social promovidos por la Administración de la Junta de Andalucía que afecten a la Mesa del Tercer Sector de Andalucía o que incidan en el campo de acción de la misma.
- b) Someter a análisis y debate los estudios que se desarrolle por la Administración, por cualquiera de sus organismos o por las organizaciones integrantes de la Mesa del Tercer Sector de Andalucía y sean pertinentes analizar en función de los objetivos de la Comisión.
- c) Conocer y debatir las iniciativas propias de la Mesa del Tercer Sector de Andalucía, en el ámbito de competencias de la Consejería responsable de las políticas sociales, en particular actuaciones o iniciativas concretas, propuestas normativas, programas o planes de acción o aspectos económicos y financieros de las relaciones propias de la Mesa del Tercer Sector de Andalucía con la Administración de la Junta de Andalucía.
- d) Debatir y plantear iniciativas conjuntas de coordinación, planificación, acciones compartidas y búsqueda de soluciones a los problemas deri-

<sup>7</sup> Según informa la exposición de motivos del Decreto al que aludiremos a continuación.

<sup>8</sup> BOJA núm. 98, de 25 de mayo de 2016.

vados del objetivo propio de la Comisión, en particular de lucha contra la pobreza, contra la exclusión y a favor de la inclusión y la cohesión social en Andalucía.

e) Formular declaraciones conjuntas para los asuntos que, a juicio de la Comisión, deban tener una amplia difusión social.

Se integran en ella exclusivamente representantes de la Administración autonómica y de la Mesa del Tercer Sector de la forma y en la proporción dispuesta por el artículo 2 del Decreto:

«2. La presidencia será ostentada por la persona titular de la Consejería competente en materia de políticas sociales quien podrá ser sustituida en caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, por la persona titular de la Viceconsejería.

3. Serán vocales de la Comisión:

a) Las personas titulares de la Viceconsejería competente en materia de Políticas Sociales, de la Secretaría General competente en materia de Servicios Sociales y de la Dirección Gerencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

b) Hasta un máximo de tres vocales en representación de otros órganos directivos de la Administración de la Junta de Andalucía competentes en materia de políticas sociales con rango, al menos, de Dirección General a quienes nombrará la persona titular de la Consejería competente en materia de políticas sociales.

c) Seis vocales en representación de la Mesa del Tercer Sector de Andalucía, a propuesta de la citada asociación a quienes nombrará la persona titular de la Consejería competente en materia de políticas sociales».

Como es habitual en los órganos colegiados de representación social, la Comisión podrá aprobar un reglamento de régimen interior si así lo decide (art. 4.2). Por lo demás, la Comisión se reunirá en sesión ordinaria tres veces al año, con periodicidad cuatrimestral y en sesión extraordinaria, cuando así lo decida la presidencia, a iniciativa propia o a instancia de, al menos, la mitad de las vocalías (art. 4.3).

### **III. Novedades en materia de Cooperación Internacional al Desarrollo**

#### **1. Nuevas bases reguladoras para la concesión de subvenciones por la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo**

Entre las novedades más destacables en materia de cooperación internacional para el desarrollo, se encuentra la aprobación de unas nuevas bases reguladoras para la concesión por la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo de subvenciones a las organizaciones no gubernamentales de desarrollo (ONGD) que realicen intervenciones en materia de cooperación internacional para el desarrollo. Dichas bases, aprobadas por Orden de 21 de junio de 2016<sup>9</sup>, sustituyen a las de 2012.

En lo que aquí nos interesa, el artículo 3 de la Orden desarrolla los requisitos que deben reunir las entidades beneficiarias. Dispone que las ONGD deben estar inscritas en el Registro de Agentes de la Cooperación Internacional para el Desarrollo en Andalucía (RACDA), y en el caso de que la ONGD tenga forma jurídica de fundación, contar con un mínimo de 50 personas colaboradoras residentes en Andalucía. Ambos requisitos serán acreditados de oficio por el RACDA. Otros requisitos generales son tener sede social o delegación permanente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía con un mínimo de dos años de antelación a la fecha en la que se inicie el plazo de presentación de solicitudes del ejercicio presupuestario correspondiente, y acreditar presencia social activa y demostrable en la Comunidad Autónoma de Andalucía en los dos ejercicios anteriores a la convocatoria.

#### **2. Las ayudas del Parlamento de Andalucía en materia de cooperación internacional del desarrollo**

Por otra parte, y como viene sucediendo desde años anteriores, el Parlamento de Andalucía —en una dudosa autoatribución de competencias materialmente administrativas<sup>10</sup>— ha seguido otorgando subvenciones destinadas a ONGD, y ello pese, como acabamos de ver, a la existencia y funciones atribuidas a la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo en esta materia.

---

<sup>9</sup> BOJA núm. 120, de 24 de junio de 2016.

<sup>10</sup> Ya hemos aludido críticamente a esta curiosa forma de «administración por el parlamento» en ediciones anteriores de esta crónica.

Mediante Acuerdo de 20 de abril 2016<sup>11</sup>, la Mesa del Parlamento aprobó unas bases reguladoras de «ayudas y subvenciones de cooperación y solidaridad» y convocó las correspondientes al año 2016 con un presupuesto total de 367.866 euros. Las destinatarias son, en concreto, ONGD constituidas como tales conforme a la Ley andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo. Por Acuerdo del mismo órgano con fecha 26 de octubre de 2016 se resolvió dicha convocatoria<sup>12</sup>, distribuyéndose la citada cantidad entre los proyectos de once ONGD, teniendo al menos cuatro de ellas forma jurídica de fundación.

---

<sup>11</sup> BOJA núm. 79, de 29 de abril de 2016.

<sup>12</sup> BOJA núm. 216, de 10 de noviembre de 2016.



# **Las fundaciones en Asturias**

*Alejandro Huergo Lora*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

*Javier García Luengo*

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES: 1. *La aplicación de las normas del TREBEP sobre provisión de puestos de interinos a las fundaciones del sector público.*—III. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES.

## **I. Introducción**

Desde el cierre de la crónica publicada en el Anuario de 2016 no ha habido ninguna novedad significativa relacionada con el derecho de fundaciones en la actividad normativa, ya de por sí escasa, del Principado de Asturias. La ausencia de cualquier novedad legislativa relevante en el Principado de Asturias es una constante que afecta a prácticamente cualquier rama del Derecho y que convierte al Principado de Asturias en una Comunidad Autónoma nominal que en realidad se limita a una gestión administrativa muy similar a la de una mera diputación provincial.

Ello no quiere decir que la vida del sector fundacional en Asturias esté detenida, afortunadamente este sector por más que no cuente apenas con una normativa distinta a la estatal sí genera una importante actividad que tiene reflejo en la práctica cotidiana del Derecho en sus distintas ramas.

Por ello, en las siguientes páginas podemos dar cuenta de algunas novedades, principalmente jurisprudenciales, de interés en relación con la vida jurídica de las fundaciones que desarrollan su actividad en Asturias.

## II. Novedades jurisprudenciales

### 1. *La aplicación de las normas del TREBEP sobre provisión de puestos de interinos a las fundaciones del sector público*

La novedad jurisprudencial de la que vamos a dar cuenta por la importancia objetiva de la doctrina que contiene, supone un paso más en la evolución acelerada del régimen propio del derecho del empleo público que estamos viviendo en los últimos meses, a medida que se extiende por obra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la fuerza expansiva del principio de igualdad y los tribunales españoles, especialmente los de lo social, borran barreras entre el personal laboral y el funcionario<sup>1</sup>.

En el caso que ahora comentamos se aplica, en efecto, una norma pensada claramente para el ámbito funcional, no ya al personal laboral de las Administraciones, sino al personal laboral de una fundación del sector público en lo que formalmente es un exceso. Aunque, de generalizarse esta doctrina, el efecto sobre la elevada tasa de temporalidad del sector público sería, sin duda, positivo.

Entrando en el análisis del caso, la Sentencia de 19 de enero de 2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación 28/2016, aborda el conflicto surgido en el seno de la Fundación Asturiana de Atención y Protección a Personas con Discapacidades y/o Dependencias (FASAD) por la aplicación desigual de un plan de estabilización del personal laboral temporal.

En concreto, los hechos que han dado lugar a este fallo que supone, insistimos, una visión posiblemente extrema del alcance del TREBEP son los siguientes: la FASAD es una fundación del sector público del Principado de Asturias que tiene incluso la consideración de medio propio de la Administración de la Comunidad Autónoma. Su objeto es prestar atención integral a las personas con discapacidad. Tiene una plantilla de 220 personas de las que sólo cien tenían hasta el año 2016 un contrato de trabajo fijo. La fundación tiene una importante red de centros asistenciales que se extienden por buen parte de la geografía del Principado de Asturias.

---

<sup>1</sup> Un buen ejemplo de esta evolución jurisprudencial es la obligación de pagar la indemnización por despido al personal indefinido no fijo en plantilla, afirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 siguiendo una línea abierta por el Auto del TSJUE de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-86/149, o la reciente Sentencia del 30 de junio de 2017 de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de La Coruña en la que se reconoce el derecho de indemnización a un funcionario docente interino tras su cese.

El 11 de octubre de 2016 la FASAD hace públicas las bases por las que se rige un procedimiento de provisión de puestos de nueva creación y/o vacantes en el seno de la fundación. Los puestos de trabajo que se consideran vacantes a cubrir son tres en el centro de día de Riaño y uno en el Centro de Apoyo a la Integración de Mieres, pero no se incluye ninguno de los seis puestos cubiertos por personal con contrato de trabajo de interinidad que corresponden a la vivienda tutelada de Avilés (concretamente cinco puestos de cuidadores y un educador coordinador).

Ante esta convocatoria el sindicato Comisiones Obreras interpone demanda ante la Jurisdicción Social reclamando una sentencia en la que se declare la obligación de FASAD de provisionar las seis plazas del piso tutelado mediante concurso de movilidad o promoción interna ya que se trata de plazas dotadas presupuestariamente y cubiertas con interinos.

FASAD alega, por el contrario, que sus trabajadores no son ni personal laboral de la Administración, ni mucho menos funcionarios, ya que no se trata de un ente de Derecho Público sino de una fundación privada del sector público por lo que sus relaciones laborales se rigen por el Derecho Laboral y, concretamente, por el XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad. El TREBEP sólo le es de aplicación, añade, en lo relativo a los principios que rigen el acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad), según lo dispuesto en la Disposición Adicional primera del propio TREBEP. Por último, alega que no se incluyeron las plazas en la convocatoria controvertida ya que las personas empleadas en dichas plazas han solicitado judicialmente la condición de indefinidas.

En este mismo contexto, el sindicato UGT también se opuso a la pretensión de CCOO ya que estimaba, además de la no aplicación del TREBEP al caso, que se generaría una discriminación para los empleados que ahora ocupan las plazas por ser indefinidos no fijos (de incluirse las plazas en el proceso de provisión se pone en peligro la continuidad en el trabajo de los trabajadores que actualmente las ocupan).

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias comienza entendiendo que la FASAD no debe encuadrarse entre los entes que meramente son parte del sector público y a los que es de aplicación la D.A. 1.<sup>a</sup> del TREBEP sino que dada su dependencia presupuestaria y de gestión del Principado de Asturias debe entenderse que su encuadramiento correcto es el artículo 2 del EBEP en cuanto entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente de cualquiera de las Administraciones Públicas.

El obstáculo del hecho de que la FASAD no tiene una forma jurídica de Derecho Público lo «salva» la Sala de lo Social entendiendo que lo relevante es el origen público o privado de los fondos de los que se nutren las fundaciones y señala que este criterio es el que se emplea en el ámbito de aplicación de la legislación de contratos del Sector Público.

El hecho de que la FASAD obtiene todos sus ingresos de los presupuestos generales del Principado de Asturias y que su gestión es desarrollada por un patronato integrado en su totalidad por miembros de la Administración de la Comunidad Autónoma le llevan a afirmar dicha dependencia presupuestaria y de gestión que, en opinión de la Sala, encuadra a la FASAD entre las Administraciones Públicas a las que según el artículo 2 del propio TREBEP les es aplicable el Estatuto.

Una vez afirmada esta aplicación del Estatuto, la Sala aplica directamente el artículo 10.4 del TREBEP que se refiere a los funcionarios interinos y que señala literalmente que: «En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en el que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización».

El supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 del artículo 10 TREBEP es precisamente la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios públicos de carrera.

La justificación de la aplicación de una norma prevista para los funcionarios públicos a personal de naturaleza inequívocamente laboral la encuentra la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en que el artículo 83 del TREBEP remite al mismo Estatuto la provisión de las plazas del personal laboral cuando las normas laborales no la establezcan y el convenio aplicable simplemente señala que las plazas vacantes existentes se pueden amortizar o proveer, por lo que el TREBEP sería aplicable para resolver esa opción.

También se rechaza la alegación de discriminación contra el personal indefinido no fijo con el argumento de que las demandas de los interinos que ocupan las plazas son posteriores a la convocatoria y, además, sus pretensiones iban referidas sólo a la convocatoria de las plazas sin que el objeto de estos procesos paralelos al aquí comentado se refiera al alcance subjetivo de la convocatoria.

Con esta resolución la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias viene a hacer una aplicación, tal vez extrema, de la doctrina del

«levantamiento del velo» a las fundaciones del sector público propiciando con interpretaciones ciertamente forzadas la aplicación de reglas previstas para la reducción de la interinidad en el seno de las Administraciones Públicas en sentido estricto. Es más, dichas reglas se establecieron sólo para el personal funcionario que presta sus servicios en la Administración, sin que en puridad afecten, en principio, al personal laboral, aunque la sentencia salva este reproche alegando una laguna en el convenio colectivo aplicable que, entiende, debe ser cubierta por la vía de la aplicación del TREBEP.

No hay duda, no obstante, de que esta línea jurisprudencial dista de ser el resultado aislado de una aplicación arbitraria o ignorante del Derecho y responde más bien a una tendencia progresiva en la jurisprudencia a reconducir al Derecho Público fórmulas de gestión que se habían elegido precisamente para huir de sus exigencias. Este fenómeno de reconquista del Derecho público que comenzó en el ámbito de la contratación del sector público por el impulso de las Directivas europeas se extendió tras la aprobación del Estatuto del Empleo Público en 2007 al ámbito del empleo público en el que poco a poco las analogías con el Derecho de la contratación pública van propiciando, como se observa en el propio texto de la Sentencia comentada, una aplicación cada vez más extensa de los principios jurídico-públicos aunque sea por obra de la Jurisdicción Social.

En definitiva, aunque formalmente la solución alcanzada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias pueda ser entendida excesiva, lo cierto es que la misma viene a responder a la necesidad de hacer operativos los principios generales del Derecho del Empleo Público en el ámbito del régimen propio de los empleados del sector público. Si una fundación está sostenida constantemente por fondos públicos, su personal no sólo tendrá que ser contratado conforme, entre otros, a los principios de publicidad, mérito y capacidad, sino que también se requiere un cierto nivel de estabilidad en los puestos de trabajo. Ello es así, no sólo por una cuestión de aplicación del principio de igualdad, sino sobre todo porque la estabilidad de los puestos del sector público constituye una garantía muy importante de la independencia de criterio de los «servidores públicos».

Transcendiendo un tanto el objeto de este comentario nos surge la oportunidad de plantear si no es hora ya de cuestionarnos la tendencia de nuestras leyes, ya desde la Ley de Reforma de la Función Pública, a abrir al personal laboral e incluso, como vemos en este caso, a una gestión «privada», el ámbito de la prestación de los servicios sociales, en el que curiosamente se adoptan cotidianamente decisiones muy importantes que afectan normalmente a colectivos en situación de especial vulnerabilidad.

### **III. Práctica administrativa de los registros de fundaciones**

Desde el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre del mismo año la práctica de los registros de fundaciones del Principado de Asturias se ha concentrado, dejando a un lado las numerosas autorizaciones de cambios en los estatutos de fundaciones, esencialmente en nuevas inscripciones.

En el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias podemos señalar las altas decretadas por las siguientes Resoluciones:

—Resolución de 8 de marzo de 2016, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se declara a la «Fundación 16 de 24» fundación de interés general, clasificándola como cultural, y se ordena su inscripción en Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias.

—Resolución de 31 de mayo de 2016, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se declara a la «Fundación Daniel Alonso Villarón» fundación de interés general, clasificándola como cultural, y se ordena su inscripción en Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias.

—Resolución de 1 de septiembre de 2016, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se acuerda la inscripción de la «Fundación Ronzón» en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias, clasificándola como docente.

En este mismo Registro de Fundaciones Docentes y Culturales se han producido dos bajas de fundaciones por las siguientes Resoluciones:

—Resolución de 23 de junio de 2016, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se declara la liquidación de la «Fundación Escuela Asturiana de Estudios Hispánicos» (33/FDC0064) ajustada a Derecho y se ordena la cancelación de asientos en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias.

—Resolución de 26 de agosto de 2016, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se declara la liquidación de la «Fundación Caveda y Nava» (33/FDC0065), ajustada a Derecho y se ordena la cancelación de asientos en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias.

En el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias se constata una inscripción la realizada por la Resolución de 27 de septiembre de 2016, de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, por la que se declara a la Fundación «Dignidad X Dignidad» de interés general, clasificándola como asistencial, y se ordena su inscripción en el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias.



# **Fundaciones en Castilla-La Mancha**

*José Antonio Moreno Molina*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha

*Alma Patricia Domínguez Alonso*

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

**SUMARIO:** I. LEY DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS Y TRIBUTARIAS DE CASTILLA-LA MANCHA E INSTRUCCIÓN DEL CONSEJO DE GOBIERNO SOBRE LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES, DE PERSPECTIVA DE GÉNERO Y MEDIOAMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO REGIONAL.—II. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES DE CASTILLA-LA MANCHA.

Escasas han sido las normas aplicables a las fundaciones aprobadas en Castilla la Mancha durante el año 2016.

Hay que mencionar en este sentido la Ley 3/2016, de 5 de mayo, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha y la Resolución de 19/10/2016, de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se dispone la publicación de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18/10/2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional.

Se analizarán a continuación estas disposiciones, así como una sentencia, seleccionada entre la escasa jurisprudencia sobre fundaciones dictada en 2016, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en materia de inscripción en el Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha.

## **I. Ley de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha e Instrucción del Consejo de Gobierno sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional**

La Ley 3/2016, de 5 de mayo, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha, establece en su artículo 6 una prohibición de uso de

tarjetas de crédito y/o débito con cargo a cuentas de titularidad pública y dispone al efecto que el personal y altos cargos, incluidos asimilados, que presten servicio en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos, entidades públicas vinculadas o dependientes, en empresas y fundaciones públicas regionales y en consorcios participados mayoritariamente por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, órganos todos ellos a los que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1.º, del artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, no podrán disponer de tarjetas de crédito y/o débito emitidas por entidades financieras con cargo a cuentas de titularidad pública.

Por otra parte, el artículo 10 modifica la Ley 4/2011, de 10 de marzo del Empleo Público de Castilla-La Mancha, añadiendo una nueva letra ñ) en el apartado 1 del artículo 115 para establecer que el personal funcionario de carrera será declarado en situación de servicios especiales cuando desempeñe puestos directivos de las empresas y fundaciones públicas regionales a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre.

Debe ser destacada asimismo la Resolución de 19/10/2016, de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se dispone la publicación de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18/10/2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional. (DOCLM de 26 de octubre).

Considera esta instrucción que son cláusulas sociales todas aquellas que se incorporen referentes a materias de política social, ética o ambiental como son: la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el fomento del empleo de personas en situación o riesgo de exclusión social, el fomento de la estabilidad en el empleo, la inserción laboral de personas con discapacidad, la accesibilidad, la seguridad y salud laboral, la formación profesional, el impulso de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en las empresas y la inclusión de requerimientos medioambientales.

La instrucción será de aplicación a los contratos que celebre la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus Organismos Autónomos y resto de entes y entidades que integran el sector público regional.

Se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la instrucción la contratación de bienes y servicios realizada a través de la adhesión a los sis-

temas de contratación centralizada de otras Administraciones Públicas, la contratación derivada de acuerdos marco suscritos por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas y los contratos menores.

Respecto a los criterios de aplicación de la instrucción, corresponde a cada órgano de contratación la determinación de la procedencia de la inclusión de las diferentes cláusulas sociales en los procedimientos de contratación, en función del objeto, la necesidad y la finalidad perseguida, siendo éstos los elementos que determinarán la fase del procedimiento en la que se aplicarán las mismas. Así, éstas podrán incorporarse en la fase de preparación, en la fase de adjudicación y en la de ejecución del contrato, todo ello de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos del sector público y en la presente instrucción.

La incorporación de cláusulas sociales en los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la citada instrucción debe cumplir con los principios fundamentales de la normativa de la Unión Europea sobre contratación pública (principios de concurrencia, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre licitadores<sup>1)</sup>) debiendo existir, en todo caso, vinculación entre la cláusula social y el objeto del contrato, por lo que su incorporación debe estar referida en todo caso a las prestaciones objeto del mismo o al personal adscrito a su ejecución. Dicha vinculación puede darse en cualquiera de las fases del expediente de contratación, si bien la vinculación con el objeto del contrato se referirá a las condiciones de ejecución del mismo y nunca a requisitos relativos a la política general de la empresa licitadora.

---

<sup>1)</sup> A través de una consolidada doctrina, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos, que son la esencia de la regulación normativa de éstos, se extiende no sólo a los limitados contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos de los tratados de derecho originario, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal (GIMENO FELIU, J. M., «Las nuevas Directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159 [2013], pp. 39 y ss.).

Así, el Tribunal europeo, tras comprobar cómo las directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, «a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado» (véase, por todas, la sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, *Parking Brixen GMBH*).

El artículo 5 de la instrucción señala que la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas solicitará periódicamente información a los distintos Órganos de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus Organismos Autónomos y resto de entes y entidades que integran el sector público regional, relativa a la incorporación en sus expedientes de contratación de cláusulas sociales al amparo de la presente Instrucción.

## **II. Jurisprudencia sobre fundaciones: inscripción en el Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha**

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha n.º 217/2016, de 27 de diciembre de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>, recurso contencioso-administrativo 276/2014 (ECLI: ES:TSJCLM:2016:3550; Id Cendoj: 02003330012016100698), resuelve el recurso interpuesto por la *Asociación Plataforma Queremos Nuestra Caja* contra la *Consejería de Presidencia y de Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*, habiendo comparecido como codemandados el *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)* y *Caja Rural de Albacete, Ciudad Real y Cuenca, S.C.C. (Globalcaja)* y la *Fundación Caja Rural Mota del Cuervo*.

Se cuestiona en el recurso la Resolución del Consejero de Presidencia y Administraciones Públicas de 5 de mayo de 2014 por la que se desestima el recurso de Alzada interpuesto contra la resolución por la que se procedió, previa calificación registral, a la inscripción de la nueva composición del Patronato de la Fundación Caja Rural Mota del Cuervo en el Registro de Fundaciones de Castilla La Mancha.

El Tribunal analiza en la citada sentencia la corrección de la calificación (confirmada en Alzada) precedente a la inscripción cuestionada y a los efectos de valorar la corrección jurídica de dicha calificación parte de la consideración del tipo de control que el Registro de Fundaciones puede realizar de los títulos presentados a la inscripción.

El artículo 7 del Real Decreto 1.611/2007 expresa «El Registro en el ejercicio de su función de inscripción queda sometido a los siguientes principios: [...] b) Legalidad: el Encargado del Registro calificará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulte de ellos y de los asientos registrales».

La sentencia entiende que las resoluciones recurridas no incurren en infracción alguna, en la medida en que realizaron adecuadamente el control de legalidad referido.

Como expresa el artículo 151.2 de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla La Mancha, «las cooperativas de crédito se regirán por las normas básicas del Estado que afecten específicamente a este tipo de cooperativas o a las entidades de crédito en general, así como por las normas que apruebe la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en el ámbito de sus competencias sobre cooperativas de crédito, y en lo no previsto por dichas normas, será de aplicación la presente Ley».

Con fecha 14 de enero de 2014 la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó la apertura del proceso de resolución de Caja Rural de Mota del Cuervo, de conformidad con el artículo 19 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, así como que se designó a don Belarmino como persona física representante del FROB para desempeñar el cargo de administrador provisional de Caja Rural Mota del Cuervo.

El artículo 22.1, párrafo I, de la Ley 9/2012 dice que «tras la apertura del proceso de resolución conforme a lo previsto en el artículo anterior, el Banco de España acordará la sustitución del órgano de administración de la entidad al amparo de lo establecido en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, con las especialidades previstas en esta Ley, y designará como administrador de la entidad al FROB, que, a su vez, nombrará a la persona o personas físicas o jurídicas que, en su nombre, ejercerán las funciones y facultades propias de esa condición». Y como señala el apartado 2 «La medida anterior se mantendrá en vigor hasta que se complete el proceso de resolución».

Para el TSJ:

«Es obvio, por ello, que el Consejo Rector (todos sus miembros), órgano de administración de la Caja Rural de Mota del Cuervo fue sustituido por el Administrador Provisional, y además, pese a la denominación de éste, ello sería así hasta la terminación del proceso de resolución.

A la vista de lo anterior, y dado que todos los miembros del patronato, en este caso, tenían la consideración de miembros natos, en tanto que su pertenencia al patronato aparecía vinculada al hecho de formar parte del Consejo Rector de Caja Rural de Mota del Cuervo, el cese (definitivo) de los mismos, que implicaba la apertura del proceso de resolución y la designación de la Administración Provisional, determinaba que quedaban

vacantes todos los puestos del patronato de la fundación, pues como expresa el artículo 18.2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones “El cese de los patronos de una fundación se producirá en los supuestos siguientes: [...] c) Por cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato”, precepto coincidente con lo expresado en el artículo 17.1.d) de los estatutos de la Fundación.

El artículo 12.4.<sup>º</sup> de los estatutos establece que tendrán la condición de miembros natos del Patronato las personas que ostenten los cargos de Presidente, Consejero y Director General designados por el Consejo Rector. Todos los miembros del patronato tenían tal condición de miembros natos. Tras su cese por aplicación de la normativa sectorial relativa a las entidades de crédito, de conformidad con lo expresado en el artículo 18.2 c) de la Ley de Fundaciones, 17.1.d) de los Estatutos de la Fundación, quedaron vacantes los cargos del Patronato, y no cabe soslayar, aquí, la función de designación de miembros del Patronato que atribuían los Estatutos de la Fundación al Consejo Rector de la Caja Rural de Mota del Cuervo, artículos 12.4.<sup>º</sup> y 17.3 de los estatutos, pues expresa este último: “Si se produjeran vacantes deberán ser sustituidas en un plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha del cese [...] los sustituidos que tengan el carácter de patronos natos serán designados por La Caja Rural de Mota del Cuervo”. Tampoco se puede obviar que la posición jurídica correspondiente al Consejo Rector de la Caja Rural de Mota del Cuervo estaba ocupada, en ese momento, por el FROB, quien asumía la actuación que colectivamente correspondía al originario Órgano de Administración, sin que el simple, y poco previsible inicialmente, hecho de que el número de miembros Órgano de Administración de la Cooperativa quede reducido a un único sujeto, que en realidad implica una mayor concentración de poder de decisión (y es lo que la Ley 9/2012 persigue), pueda implicar desapoderar la misma Cooperativa (su órgano de administración, quien le sustituye con un fin de salvaguarda del interés público) de la facultad atribuida de designar a los miembros del Patronato de la Fundación, función que le corresponde de manera preeminente según sus estatutos. Se cuestionaba la aceptación del carácter de patrono nato por parte del FROB, pero consta la expresa aceptación del representante designado por el mismo, como de los demás designados.

Todo lo que se razona, como antes se ha advertido, únicamente con carácter prejudicial, a los efectos de resolver sobre la corrección de la actuación administrativa impugnada y sin perjuicio de lo que pudiera resultar de la impugnación de los concretos acuerdos a los que se refiere la inscripción.

Y así, y por todo lo razonado, no cabe censurar la actuación administrativa a la hora de valorar la legalidad formal del acuerdo. En efecto, la

calificación ha de reputarse correcta, siendo limitado el control de legalidad que cabe realizar en este ámbito registral que, en caso de pretenderse discurrir con plenitud en relación con la legalidad de los acuerdos, ello habría de plantearse mediante la impugnación de los propios acuerdos adoptados, y no tanto de su simple calificación a los efectos de la inscripción y sin que, como se ha dicho, se pueda pretender someter a examen en esta sede cuestiones más complejas, afectantes incluso, como pareciera pretender la parte actora, a la corrección jurídica de la actuación del Banco de España, lo que excedería, en mucho, del control de legalidad formal del título que corresponde realizar por la vía de la calificación».

La sentencia desestima en consecuencia el recurso contencioso administrativo interpuesto.



# **Con el catalejo jurídico por las tierras de Castilla y León**

*Mercedes Fuertes*

Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad de León

SUMARIO: I. UN AMPLIO PAISAJE.—II. ALGUNOS HITOS DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS.—III. MARCO JURÍDICO, ORGANIZATIVO Y LA RECIENTE LEGISLACIÓN.—IV. EL ESTÍMULO PÚBLICO: LAS SUBVENCIONES A LAS FUNDACIONES.—V. INFORMES DEL CONSEJO DE CUENTAS Y DEL CONSEJO CONSULTIVO.—VI. RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES.

## **I. Un amplio paisaje**

Muestra de la buena salud del instituto fundacional lo ofrece el alto número de fundaciones que expanden su actividad de manera preferente en Castilla y León. La Asociación española de fundaciones ofrece a través de una atractiva base de datos en su sede electrónica suficiente información sobre casi un millar de fundaciones que desenvuelven sus actividades en esta Comunidad Autónoma. No obstante, la Secretaría General de la Consejería de la Presidencia, que ejerce el protectorado de las fundaciones de Castilla y León, ha tenido la amabilidad de facilitarme una información más precisa que traslado. Porque aunque a través del registro autonómico aparecen más de ochocientas fundaciones, me han apuntado que son 473 las que realmente están activas, 26 en proceso de liquidación y otras 291 son muy antiguas y en gran parte están ya descapitalizadas atendiendo a sus fines con más dificultad por lo que pueden llegar a desaparecer.

La difusión de información a través de Internet podría ser un aspecto a atender por la Administración pública, pues existe cierto contraste entre las noticias facilitadas por la Asociación española de fundaciones y la dada a través del registro autonómico. Es más, la página del «gobierno abierto» de esta Comunidad autónoma ofrece unos escasos resultados al buscar las referencias a las fundaciones públicas o aquellas en las que participa la Administración autonómica genera unos pobres resultados.

Un impulso importante puede suponer la generalización de las prácticas de «buen gobierno» que se han precisado en un estudio elaborado por la

propia Asociación española de Fundaciones y la consultora PwC. Un estudio que surge de analizar alrededor de quinientas fundaciones españolas y ofrece una buena descripción de la organización más común, del número de patroñatos, de sus relaciones con el fundador o los beneficiarios, del funcionamiento y número de reuniones... Tiene interés, sobre todo, porque concreta certeras propuestas de mejora para avanzar en esa locución que se ha generalizado de «buen gobierno», esto es, de actuación responsable y eficaz señalando la oportunidad de que los patronos se impliquen más en la ejecución de los fines fundacionales, la posibilidad de contar con comités de asesoramiento, impulsar la información a través de Internet y también la rendición de cuentas. Se ofrecen también criterios para que elaboren un código de buen gobierno, guías prácticas así como indicadores de transparencia, medición de resultados, difusión de auditorías, etc. Lógicamente este documento está disponible en la sede electrónica de la Asociación española de fundaciones.

Volvamos al territorio de Castilla y León.

Nada descubro al recordar que las actividades de estos centenares de fundaciones se extienden en un gran abanico de fines: sanitarios, educativos, culturales, empresariales, gastronómicos, deportivos... Resalto, entre las sujetas al protectorado de la Junta de Castilla y León, sólo unos pocos ejemplos por ser su proyección pública más conocida: la Fundación Sierra-Pambley, creada en 1887 con el fin de abrir escuelas rurales e impulsar la formación profesional siguiendo el espíritu de la Institución Libre de Enseñanza; la Fundación Atapuerca, que apoya al equipo de investigación sobre la evolución humana; la Fundación Las Edades del Hombre, que protege y difunde el patrimonio de las diócesis católicas de Castilla y León; o las Fundaciones que mantienen el legado de artistas como Vela Zanetti o Antonio Pereira.

Junto a estas fundaciones que desenvuelven de manera preferente sus actividades en esta Comunidad Autónoma y que, por ello, están bajo la tutela del protectorado de la Junta de Castilla y León, dejo constancia de que otras relevantes fundaciones están domiciliadas en esta tierra y que al extender su proyección fuera de sus límites territoriales están inscritas en el registro único de fundaciones y tuteladas por el protectorado dependiente Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Tal es el caso de las relevantes Fundación Eutherpe que, con escaso patrimonio, realiza una destacada labor para la formación de jóvenes intérpretes y fomenta la difusión de la música; o la Fundación Santa María la Real del Patrimonio Histórico. Un proyecto que tuvo su origen en Castilla y León, impulsado entre otros por José María Pérez «Peridis» con el fin de estimular el desarrollo de los pueblos a través

de la restauración de su patrimonio cultural, la adecuada gestión del entorno y que ha impulsado otras iniciativas de empleo.

## **II. Algunos hitos de las fundaciones públicas**

Junto a esos centenares de fundaciones privadas, han creado las Administraciones también fundaciones públicas. La Comunidad autónoma mantiene una presencia mayoritaria en más de diez y participa en otras tantas.

Destaco entre esas fundaciones públicas la Fundación Siglo para el turismo y las artes, la Fundación acción social y tutela; el Centro de Supercomputación; la Fundación Hemoterapia y Hemodonación, la Fundación Patrimonio Natural de Castilla y León; la Fundación Santa Bárbara, el Servicio regional de relaciones laborales de Castilla y León; la Fundación Universidades y Enseñanzas superiores de Castilla y León; Fundación para el anclaje empresarial y la formación para el empleo...

Otras fundaciones con significativa presencia de entidades públicas son la Fundación Investigación del Cáncer de la Universidad de Salamanca o, la ya mencionada, Fundación Santa María la Real del Patrimonio Histórico, fruto de la fusión de buenos proyectos que realiza una labor relevante en la restauración del patrimonio histórico, en la difusión de la cultura, en el impulso de proyectos turísticos, y un largo etcétera.

La información que ofrecen esas instituciones de manera abierta es muy irregular. Sí se facilita una mínima noticia relativa a la composición de su patronado, a algún proyecto reseñable, a las ayudas que se facilitan y los posibles beneficiarios. Memorias rigurosas de actividad se difunden muy pocas. En concreto, entre las que ofrecen cumplida información quiero destacar la fundación Investigación del Cáncer o el Centro de Supercomputación, cuyas páginas web resumen de manera suficientemente descriptiva todas las actividades y proyectos realizados durante el pasado año 2016. Entre ellos destaco, de la primera, los resultados relativos a los mecanismos moleculares de la enfermedad de Crohn; y, de la segunda, sobresale la culminación del despliegue de la red regional de ciencia y tecnología y el nodo de supercomputación.

Más abajo aludiré al control que sobre estas fundaciones ha realizado el Consejo de cuentas autonómico.

Quería ahora simplemente recordar que, con relación a las fundaciones dependientes de Corporaciones Locales, he encontrado menos información. El Inventario de Entes públicos que gestiona el Ministerio de Hacienda ofrece datos de algunas fundaciones. En concreto, aparecen treinta y una

fundaciones locales en Castilla y León cuyas actividades van desde la gestión de residencias para personas mayores, al cuidado del patrimonio cultural, a la formación y fomento de empleo... Y así, conocemos fundaciones en las que participan Ayuntamientos como: la Fundación Casa de la India en Valladolid; la Fundación para el estudio de los dinosaurios en Castilla y León impulsada por el Ayuntamiento de Salas de los Infantes y la Diputación de Burgos; la Fundación Laciana reserva de la Biosfera, promovida por el Ayuntamiento de Villablino, etc.

En todo caso, la información facilitada por las Corporaciones locales sigue estando muy difuminada y, por ello, resulta insuficiente para construir sobre la misma algunas consideraciones.

Y, por último, dentro de esta primera toma de contacto con el paisaje en esta región y sus muestras, considero que ha de darse noticia de la culminación de la transformación de la obra social de la última caja de ahorros en fundación. Me refiero a Caja España Duero.

Resulta ocioso recordar las turbulencias sufridas en la mayoría de las cajas de ahorros y el costoso proceso de saneamiento de tantas entidades financieras. Las existentes en Castilla y León no quedaron fuera de estas actuaciones de reestructuración bancaria y su actividad financiera independiente ha desaparecido tras sucesivos acuerdos de transformación y de absorción por otras entidades financieras. Sin embargo, el ámbito de su obra social, como es sabido, se pudo mantener separado y debió transmutarse en fundaciones, tal como estableció la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias de 27 de diciembre de 2013.

No han sido fáciles tales procesos, especialmente en lo que fueron Caja España y Caja Duero y después de años, ya en 2016, se ha conseguido por fin ultimar el que restaba, el de la obra social que gestionaba la fusión de ambas entidades. Nace así la Fundación España Duero, cuyo caudal ha derivado del sucesivo encuentro durante los últimos veinte años de muchos arroyos y torrentes de cajas provinciales y locales: las de León, el Bierzo, Palencia, Valladolid, Soria, Salamanca, Ciudad Rodrigo... Alojada en el gaudiano edificio Botines, en León, cuenta esta fundación ordinaria —no bancaria— con un singular patrimonio artístico. Además del citado edificio, el Palacio Garcí Grande, numerosas salas de exposiciones, centros culturales, bibliotecas, albergues en muchas localidades y más de diez mil obras de arte (pinturas, fotografías y piezas en el museo etnográfico). Como tantas fundaciones que proceden de las antiguas cajas de ahorros, el desafío es mantener una digna actuación cultural y social sin contar ya con los fondos y recursos que la actividad financiera de las cajas lograba.

### III. Marco jurídico, organizativo y la reciente legislación

Sabe ya el lector que en esta Comunidad autónoma el marco jurídico de las fundaciones se contiene en la Ley de 15 de julio de 2002 y su desarrollo reglamentario aprobado mediante el Decreto de 25 de agosto de 2005. Durante el año 2016 del que pretende dar noticia esta crónica, no se ha modificado ningún aspecto de esta específica legislación que, como conoce el especialista, es una regulación de contenido muy similar a la normativa estatal, sin especiales singularidades.

Las funciones de registro y protectorado se alojan en la Secretaría General de la Consejería de la Presidencia que, como ya he señalado, amablemente me ha facilitado información. La decisión de atribuir en un sólo órgano las funciones de protectorado y registro se adoptó mediante el citado Decreto autonómico de 25 de agosto de 2005, con el fin de ordenar una mejor asignación de los recursos disponibles, evitando duplicidades o la existencia de varias unidades administrativas a las que debían dirigirse las fundaciones.

De la actividad normativa en esta Comunidad Autónoma durante el pasado año 2016 ha de darse noticia de una Ley que afecta a las fundaciones públicas autonómicas. Me refiero a la Ley que aprobó el estatuto de los altos cargos de la Administración de Castilla y León (Ley 3/2016, de 30 de noviembre) y que acoge en su ámbito de aplicación a todos aquellos presidentes, directores, gerentes o asimilados de las fundaciones públicas que tengan un contrato de alta dirección. De ahí que a partir de ahora, tales responsables hayan de acreditar unos requisitos especiales de capacidad y conocimiento, han de contar con una formación idónea para el desenvolvimiento de sus funciones, siendo preferente la pertenencia a uno de los considerados altos cuerpos de funcionarios públicos (A1). Del mismo modo deberán presentar al tomar posesión de su cargo varias declaraciones formales: no estar incursos en causas de incompatibilidad, estar al corriente de sus obligaciones tributarias; una declaración de actividades y declaración notarial de sus bienes pero preservando todos aquellos datos de localización e identificación para preservar el ámbito de su privacidad.

También especifica esta Ley las mínimas obligaciones de actuación y comportamiento que quedarán recogida en un código ético, así como el régimen sancionador al que están sometidos, cuyos procedimientos serán resueltos por la nueva Comisión de ética pública que se ha constituido en esta Comunidad Autónoma.

Otras importantes disposiciones han afectado a las fundaciones en sus relaciones con la Administración. En particular, la ley de procedimiento ad-

ministrativo común (Ley 39/2015, de 1 de octubre) impone a todas las personas jurídicas la obligación de relacionarse con las Administraciones públicas a través de medios electrónicos. De ahí que durante este pasado año esa Secretaría General haya realizado una labor relevante para simplificar y adaptar los procedimientos administrativos a esa exigencia, facilitando los formularios, comunicaciones, notificaciones y otra documentación a través de tales medios telemáticos.

La labor de asesoramiento e información a las fundaciones ha debido ser muy intensa pues, reconoce esa Secretaría General que ha realizado más de 8000 trámites durante el pasado año 2016.

#### **IV. El estímulo público: las subvenciones a las fundaciones**

El sistema nacional de publicidad de subvenciones nos permite conocer, tras una búsqueda paciente, no sólo de las convocatorias publicadas para el otorgamiento por las Administraciones públicas de todo tipo de subvenciones, sino también los beneficiarios de las ayudas.

Durante el pasado año 2016 se publicaron convocatorias dirigidas a beneficiar a entidades sin ánimo de lucro, en las que, lógicamente participan fundaciones. Así, para la «realización de programas de itinerarios personalizados de inserción sociolaboral para personas con discapacidad cofinanciadas por el Fondo social europeo», para acogida, integración social y laboral de inmigrantes, o programas de apoyo a familias o personas cuidadoras, pueden ofrecer una paleta amplia de actuaciones. Hay también asignaciones directas a fundaciones para apoyar el cumplimiento de sus fines: a la Fundación de investigación contra el cáncer, a la Fundación secretariado gitano (cofinanciada con el Fondo social europeo), a la Fundación Aspaym, Fundación Centro Etnográfico Joaquín Díaz, a la Fundación Teatro Calderón, a la Fundación del Instituto de Ciencias de la Salud de Castilla y León, a la Fundación +34... Unas cuantías, en su casi totalidad, modestas.

Muchas son también las subvenciones que otorgan los Ayuntamientos, de las que se han beneficiado fundaciones y que recoge esta base de datos: para la realización de actividades culturales, deportivas o de ocio...

#### **V. Informes del Consejo de Cuentas y del Consejo Consultivo**

Ya he recordado que la Administración autonómica mantiene un protagonismo significativo en varias fundaciones que son fiscalizadas por el Consejo de Cuentas. También están bajo la atención fiscalizadora de este órgano

autonómico lógicamente las Fundaciones universitarias: Fundación general de la Universidad de Valladolid; Parque científico de la Universidad de Salamanca; la Fundación de investigación del cáncer de la Universidad de Salamanca...

El Consejo de Cuentas presentó un *Informe de situación y actividad económico-financiera de las fundaciones públicas (ejercicio 2014)*, que tiene fecha de 28 de julio de 2016. No es un informe que fiscalice de manera individual tales entidades. Únicamente analiza la estructura y evolución de la cuenta general rendida por el sector fundacional autonómico que, además, tampoco sigue la normativa de contabilidad pública vigente al no haberse adaptado los modelos seguidos. Y sin entrar tampoco en analizar la regularidad de las actuaciones de las fundaciones.

Desde esa limitada perspectiva resalta este Informe la reducción del número de fundaciones con relación al último similar realizado, así como la disminución del activo total. No obstante, advierte una tendencia favorable del excedente que se ha incrementado en más de un siete por ciento.

Otros datos, de utilidad para lo que ahora nos ocupa, contiene el *Informe de fiscalización de la cuenta general* de la Comunidad Autónoma en el ejercicio correspondiente al 2014 (Informe que tiene fecha de 28 de noviembre de 2016). Por ejemplo, que las fundaciones autonómicas han recibido algo menos de cuarenta y seis millones de euros de subvenciones, una cuantía notablemente inferior a la facilitada en otros ejercicios.

Interesa saber que este Informe insiste en los incumplimientos de llevanza contable, en parte derivados de la falta de adaptación de los modelos de balance y cuenta de resultados a la normativa de contabilidad pública de las entidades sin fines lucrativos. Ello implicaba una carencia de información sobre los incrementos o disminuciones patrimoniales netos de las fundaciones públicas; que las actuaciones para agregar cuentas generaran desfases entre las informaciones aportadas y las resultantes de ese Consejo de Cuentas; que la cuenta general de las fundaciones no recogía otras informaciones exigidas por la legislación, como la ejecución y liquidación de los presupuestos de explotación; que la Intervención General no había realizado las reclasificaciones imprescindibles de las cuentas individuales; y dos fundaciones no habían presentado el necesario informe de auditoría de sus cuentas...

Consideraciones que parecen el estribillo que siempre cantan los Informes porque también se recogieron en los que fiscalizaron los ejercicios anteriores, así como en los Informes de seguimiento de las recomendaciones. Y hasta el momento no se ha recibido ningún eco, sólo el silencio de su incumplimien-

to. Se puede ver, en este sentido, el Informe de seguimiento de las recomendaciones publicado el 28 de julio de 2016.

Es grave esa desatención a las consideraciones del órgano fiscalizador.

Entre las recomendaciones que recoge este Informe destaco la importancia que a mi juicio tiene la necesidad de mejorar el Sistema de información contable para que toda actuación con repercusión económica se ajuste al Plan general de contabilidad pública. Es más, hay incluso algunos organismos públicos que tampoco lo han incorporado. Tal es el caso de la Agencia de calidad universitaria, el Consejo de la Juventud, el Consorcio de Bibliotecas universitarias, etc... El Consejo ha recomendado también incorporar este sistema a la gestión contable de las Universidades para facilitar la comprensión de la cuenta general autonómica.

Otro Informe de este Consejo de Cuentas, tiene fecha de 21 de marzo de 2016, atiende a la fiscalización de la mal llamada encomienda de gestión, esto es, los encargos a medios propios y contratación doméstica. El documento resalta, cosa que desgraciadamente no es excepcional, la práctica en la Gerencia de Servicios Sociales de encargar a la Fundación acción social y tutela de Castilla y León «servicios auxiliares y complementarios para la prestación de trabajos administrativos relacionados con la tramitación de expedientes en materia de acción social» o el «fomento de las funciones tutelares de las entidades privadas sin ánimo de lucro» sin que quedara bien justificada la colaboración de este «medio propio» para entender esta colaboración como doméstica. De la documentación analizada no se encuentra alusión alguna a la insuficiencia de medios personales para requerir la realización de esas actuaciones a la fundación, ni se ha acreditado la imposibilidad de que tales tareas se realizaran con el propio personal de la Gerencia. Y, lo que es más grave, de la documentación disponible en el Consejo de Cuentas, este órgano concluyó que el trabajo había sido realizado por otras empresas, terceros contratantes, apareciendo la Fundación como un mero intermediario.

El interrogante queda abierto: ¿eludió la Gerencia la normativa de contratación pública mediante la utilización de la Fundación como persona interpuesta? De los indicios que muestra este informe parece que el fiel de la balanza se inclina hacia una respuesta afirmativa.

Por su parte, el Consejo consultivo autonómico evacuó un Informe (tiene fecha de 6 de octubre de 2016, núm. de referencia 381/16) en el que se atendía a un convenio en el que había sido parte una fundación. El Consejo tuvo que informar dentro del procedimiento de revisión de oficio sobre la

corrección jurídica de varios acuerdos adoptados por el Ayuntamiento de Ponferrada mediante los que anunciaba la celebración, y consiguiente gestión junto a una Fundación deportiva, de un campeonato mundial de ciclismo en carretera. Sucesivos problemas generaron en la Corporación local dudas de la legalidad del convenio y se inició un procedimiento de revisión de oficio en el que hubo de dar su parecer el Consejo Consultivo.

El órgano consultivo argumentó la nulidad de tales acuerdos municipales, a pesar de que su razonamiento se extendió hacia la doctrina de los contratos domésticos que, a mi juicio, no era del todo oportuna. Y es que, en puridad, no se estaba en presencia de ningún contrato administrativo. La naturaleza de los acuerdos municipales se dirigían a configurar un convenio —incluso el Consejo Consultivo calificó sus contenido de «vago»— en el que participaría la fundación deportiva. Un convenio que sería bautizado hoy día, con la legislación vigente del sector público, como protocolo al anunciar un compromiso marco y general a partir del cual se podrían articular otros compromisos futuros incluso, si las disponibilidades presupuestarias lo permitían y de acuerdo con la normativa de subvenciones, ayudas económicas a esa fundación.

## **VI. Resoluciones de los órganos judiciales**

La base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ) facilita alrededor de un centenar de sentencias dictadas por los órganos judiciales alojados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León durante el año 2016 en procesos donde una de las partes ha sido una fundación. En estas páginas me hago eco únicamente de sólo algunas resoluciones (las referencias entre paréntesis corresponden al identificador europeo de jurisprudencia, ECLI). Y ello porque el resto de las leídas se refieren a asuntos en los que nada tiene que ver la naturaleza fundacional, su peculiar régimen jurídico o de funcionamiento que podrían tener interés en este Anuario. Las fundaciones concurren o participan como codemandadas en procesos, como hubiera ocurrido con cualquier otra organización o institución. Se trata de asuntos que cabría calificar de «comunes» y que, además, dan pie a una mínima argumentación: reclamaciones de cantidad por diferentes negocios jurídicos (obras, asistencia sanitaria...), resoluciones de contratos, protección de los derechos del tutelado en una participación hereditaria; procedimientos de declaración de incapacidad, designaciones o remociones de tutores, despidos de trabajadores; conflictos urbanísticos por la titularidad de propiedades de una fundación; peticiones de responsabilidad extracontractual...

Dos sentencias aluden a conflictos que, sin duda, para las fundaciones afectadas tuvieron importancia, como son la reducción de subvenciones, pero que no suscitan al juzgador ninguna extensa argumentación. Me refiero, por un lado, a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de octubre de 2016 (ES:TSJCL:2016:3424) en la que el Tribunal confirma la decisión de la Administración de reducir la cuantía de la subvención otorgada a la fundación al no admitir como gastos los realizados para la adquisición de «material didáctico fungible» para el uso personal de los alumnos. La nueva convocatoria exigía para admitir tales gastos la explícita autorización de la Delegación provincial de educación, que no se había obtenido en el presente caso.

Invocó la fundación la fuerza del precedente administrativo porque en años anteriores se habían admitido tales gastos como subvencionales. Sin embargo, el Tribunal no acogió esa alegación al recordar el carácter reglado de las subvenciones, la estricta sujeción a las bases de la convocatoria, que los precedentes administrativos no generan derechos adquiridos y que, además, la fundación podía haberse dirigido a la Delegación provincial para obtener la autorización, cosa que no hizo.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 14 de abril de 2016 (ES: TSCL:2016:1522), desestimó el recurso presentado por otra fundación contra el acuerdo que iniciaba el procedimiento de cancelación parcial de una subvención al tratarse de un acto de trámite y, por ello, no susceptible de un recurso separado a la resolución del procedimiento que todavía no se había producido.

Más interés pudiera tener, a mi juicio, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 29 de enero de 2016 (ES:TSJCL:2016:539). Resuelve la misma un recurso presentado por la Fundación «Semana internacional de cine de Valladolid (SEMINCI)». Como es bien conocido esta fundación es el sustancioso fruto de las semillas plantadas por el festival de cine de Valladolid que se organizaba en la década de los cincuenta del pasado siglo para difundir el cine religioso derivado de la Semana Santa. Las sucesivas ediciones fueron abonando esa planta con cine de autor, muy original, madurando en un festival internacional de gran prestigio. En el momento en que escribo estas líneas (junio de 2017), la Concejalía de cultura del Ayuntamiento de Valladolid ha anunciado la intención de integrar la mayoría de las fundaciones municipales de carácter cultural, esto es, el Museo Patio Herreriano, el Teatro Calderón, el Museo de la Ciencia y SEMINCI, en una única estructura fundacional apelando a una mayor eficiencia que evite los preocupantes desequilibrios presupuestarios de estas instituciones.

Unos desequilibrios que pudieran empujar hacia un mayor adelgazamiento de sus actividades. Daremos cuenta de esa probable reordenación, si se produce, en el próximo Anuario.

Volvamos a la sentencia. Recurría la fundación una resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León que había confirmado la denegación de su previa reclamación relativa a la devolución de ingresos indebidos satisfechos en declaraciones del impuesto sobre el valor añadido. La fundación había solicitado que se diferenciaran en su actividad de difusión y publicidad los convenios de colaboración mediante los que muchas entidades colaboraban con la Semana internacional del cine, de aquellos otros contratos que firmaba y que consideraba de mero patrocinio publicitario. De ahí que, con relación a estos, debía prorratearse la repercusión del impuesto.

El Tribunal, como había hecho con anterioridad la Administración tributaria, recordó la distinta naturaleza de estos negocios jurídicos sometidos, por un lado, a la Ley de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (de manera esencial, el artículo Ley 49/2002, de 23 de diciembre), y, por otro, la Ley general de publicidad (en concreto, el artículo 24 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre). En los primeros la ayuda mostraba un ánimo de abrigar la actividad cultural, mientras que en los segundos aparece desnuda de esa intención y refleja una mera y fría compensación económica a cambio de publicidad.

La falta de un mínimo análisis por la demandante sobre los elementos de los distintos contratos que permitieran con argumentos inclinar la balanza de la calificación jurídica de los contratos es objeto de cierto reproche por los magistrados: «*si esa parte no analiza cada contrato, no puede pretender que el Tribunal lo haga, asumiendo las funciones de la demandante*», lo que le facilita desestimar el recurso «*dado que la defensa de la recurrente no ha sugerido cuál de los contratos lo considera de mero patrocinio publicitario y porqué (más allá de una genérica aserción)*».

El abogado del Estado, por el contrario, sí había expuesto de manera sucinta el contenido de tales negocios, lo que condujo a la convicción de que la causa jurídica era de colaboración de las entidades en la actividad cultural. La ayuda no se limitaba a la compensación económica a cambio de publicidad.

Por ejemplo: el convenio con Iberia, además de su calificación como tal, aportó billetes aéreos «prestación anómala si se trata de un contrato de patrocinio publicitario»; el convenio con Caja España se enmarcó dentro de la

obra social de tal entidad; con otras empresas, se resaltaba en las cláusulas que pretendían «colaborar como patrocinador» o «la colaboración con la cultura y las artes». Es decir, aparecían elementos que acentuaban una clara intención de mecenazgo.

Todo ello es lo que llega a la Sala a desestimar el recurso: los contratos no son de publicidad *estricto sensu* sino más bien convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general, en virtud de los cuales una entidad sin fin lucrativo asume en contrapartida el compromiso de difundir la participación del colaborador mediante la inclusión de logotipos o menciones en sus comunicaciones, y «no constituirá prestación de servicios a efectos del IVA».

Los mismos términos se vuelven a reiterar unos días después, en otra sentencia de la misma Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 12 de febrero de 2016 (ES:TSJCL:2016:744).

Resumo también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 7 de junio de 2016 (ES:APBU:2016:506) porque conoció la Audiencia el recurso de apelación presentado por un antiguo patrono de la Fundación Caja Burgos, quien había visto ya desestimada en primera instancia su petición de declarar inválido el acuerdo de su cese. Hubo de despejar en primer lugar la sala la petición de inadmisibilidad sobre su falta de legitimación *ad processum*. Se recordará que la legislación sobre fundaciones reconoce la legitimación para impugnar los acuerdos del patronato al protectorado. Además, la misma sala sentenciadora había afirmado años antes (sentencia del 29 de mayo de 2002) que la legitimación para entablar la correspondiente acción era «*exclusiva del órgano de gobierno de la Fundación y del Protectorado, y excluyente de cualquier otra persona*».

Sin embargo, como es fácil advertir, el hecho de que la legislación de fundaciones aluda a la legitimación procesal del protectorado para impugnar las decisiones del patronado no significa que no puedan ampararse otros intereses legítimos que en cada relación jurídica particular puedan verse afectados. Se abre así, lógicamente, la puerta de la Justicia para que entren y se enjuicien los intereses del antiguo patrono.

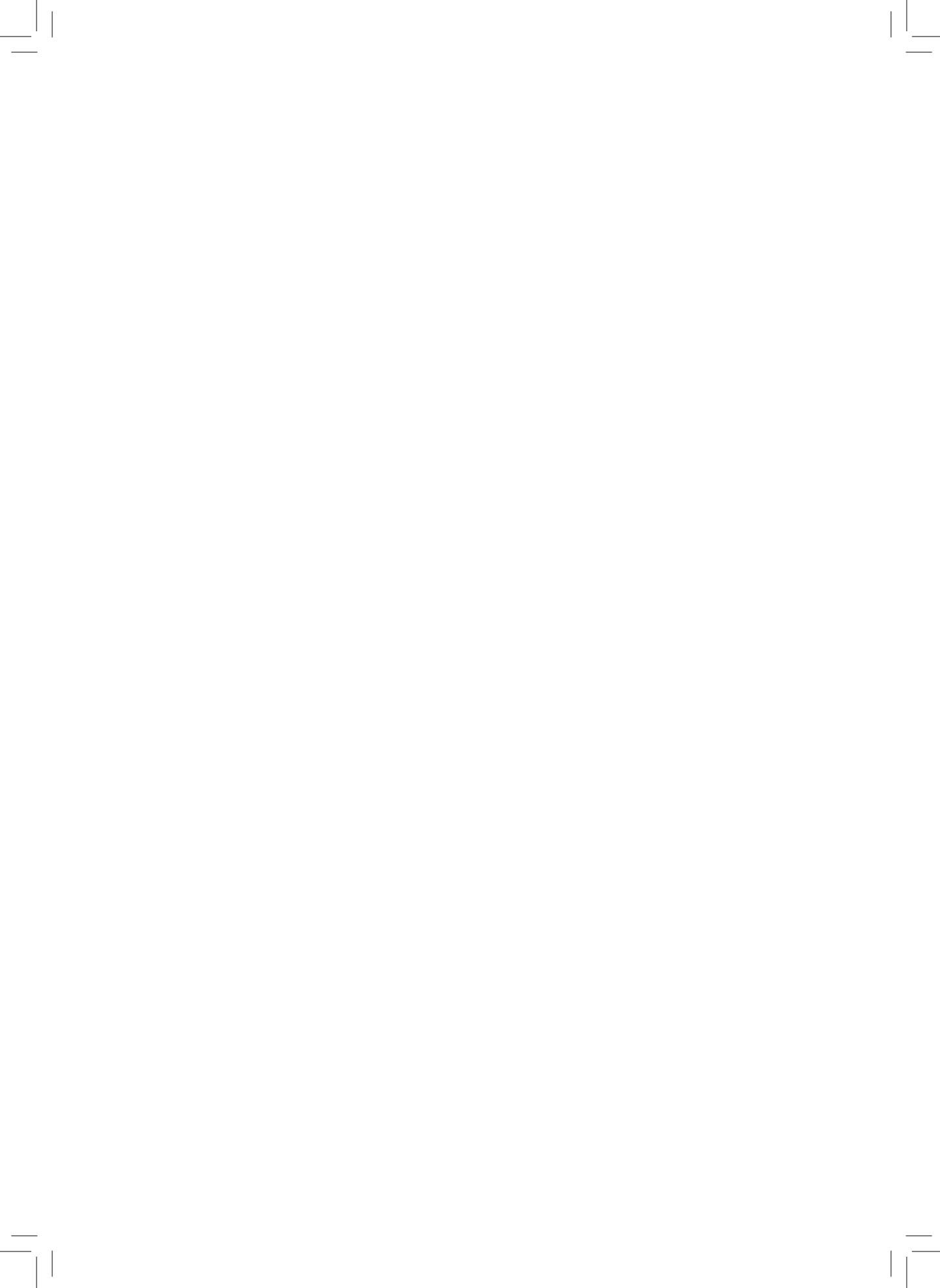
El cese había sido motivado por la falta de diligencia en su actuación así como en la quiebra de su deber de confidencialidad.

Es sabido que la legislación de fundaciones establece que los ceses de los patronos derivarán de una resolución judicial. Sin embargo, el carácter de esa fundación como bancaria atraía evidentemente la legislación específica con singulares obligaciones a los patronos también precisadas en los propios esta-

tutos. Un régimen jurídico, en consecuencia, que ya permitía el cese por el patronato. Y esto es lo que había sucedido en esta ocasión.

Había ocurrido que algunos debates e, incluso, discusiones durante las reuniones del patronato, que debían de haberse mantenido en un ámbito reservado y con discreción, se habían difundido por el recurrente a varios medios de comunicación, que transcribieron entrecomilladas sus palabras. Todo ello había afectado a la imagen de la entidad. Tales fueron los motivos del acuerdo de cese que se vio confirmado con la desestimación de este recurso.

Y este es el resumen panorámico de los hitos jurídicos reseñables. Quizás parezcan escasos. Pero hay que recordar que lo importante es el pálpito y vitalidad de estas instituciones que riegan de iniciativas loables, recordemos, la recuperación del patrimonio cultural y ambiental, la investigación, la formación... los montes y campos de Castilla y León.



# **Novedades de interés para las fundaciones catalanas del sector público de la Generalitat de Cataluña: de vuelta a la definición de «fundación del sector público»**

*Joaquín Tornos Mas*

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Barcelona

*Mar Martínez Martínez*

Profesora Asociada de Derecho Administrativo

Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES EN LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO DE LA *GENERALITAT DE CATALUÑA*: 1. *En cuanto al concepto de «fundación del sector público».* 2. *Régimen jurídico de las fundaciones del sector público.*—III. OTRAS NOVEDADES QUE AFECTAN COLATERALMENTE AL RÉGIMEN JURÍDICO AL QUE SE SUJETAN DETERMINADAS FUNDACIONES: 1. *Novedades relativas a las fundaciones constituidas como centros CERCA.* 2. *Novedades en materia de contratación que afectan a las fundaciones del sector público. La Ley 5/2017, de medidas fiscales y financieras.*—IV. PROYECTO DE ORDEN POR LA QUE SE ESTABLECE EL NIVEL DE SUJECIÓN DE LAS FUNDACIONES Y LAS ASOCIACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA A DETERMINADOS INSTRUMENTOS DE TRANSPARENCIA.

## **I. Introducción**

Las Leyes 4/2017, de 28 de marzo, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para el año 2017 (en adelante, «Ley 4/2017 de Presupuestos de la Generalitat») y 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono (en adelante, «Ley 5/2017, de medidas fiscales y financieras»), introducen una serie de novedades sustanciales que afectan al actual marco regulatorio de las fundaciones del sector público de la *Generalitat de Cataluña* y de las que se encuentran adscritas al mismo. La más significativa es que, por fin, se rescata el concepto de «fundación del sector público» con vocación de unificar la pluralidad de definiciones que conviven hasta la fecha, dispersas en toda una serie de normas sec-

toriales. Sin embargo, como veremos, entretanto no se homogeneicen las normativas, la nueva definición no va a ser pacífica. Por ejemplo, la Orden que regula el Registro de entidades del sector público de Cataluña presenta una definición de «fundaciones» que difiere de la nueva, igualmente difiere de la Orden para la elaboración de los presupuestos del año 2017.

También se han introducido reformas significativas para los centros de investigación de Cataluña —Centres de Recerca de Catalunya «CERCA»— que afectarán a todas aquellas fundaciones, ya sean del sector público o no, que ostenten esa condición.

En otro orden de cosas, finalmente, damos cuenta de la primera Ley de la Arquitectura de Cataluña que afectará sustancialmente —si bien de forma colateral—, a determinadas contrataciones que efectúen las fundaciones pertenecientes al sector público de Cataluña.

Finalmente destacamos que, el pasado día 25 de julio de 2017, el Departamento de Justicia de la *Generalitat* ha procedido a la publicación del proyecto de Orden por la que se establece el nivel de sujeción de las fundaciones y las asociaciones declaradas de utilidad pública a los instrumentos de transparencia establecidos por la Ley 21/2014, del 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública. Este proyecto de Orden en estos momentos está sometido a trámite de audiencia pública de las personas interesadas, según se ha dispuesto por Edicto, hasta el día 8 de septiembre; fecha en la que se pueden hacer llegar al Departamento de Justicia las alegaciones, observaciones o sugerencias que se consideren convenientes.

## **II. Novedades en la definición del concepto y régimen jurídico de las fundaciones del sector público de la Generalitat de Cataluña**

### **1. En cuanto al concepto de «fundación del sector público»**

El principal problema de la categorización de las entidades como fundaciones del sector público deriva del hecho de que, tras la modificación operada en el año 2012 sobre el Libro Tercero del Código Civil catalán<sup>1</sup>, se eliminó la definición de las «fundaciones del sector público». Ello ha provo-

---

<sup>1</sup> Ley núm. 7/2012, de 15 de junio, de modificación del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas, publicada en el DOGC, núm. 6152, de 19 de junio de 2012. En adelante, el Libro Tercero será referido como CC-Cat.

cado que cualquier norma sectorial de Derecho público aplicable a según qué fundaciones ofreciera criterios distintos para determinar cuándo una fundación sometida a reglas de Derecho civil se había de considerar inserta entre los entes del sector público.

La complicación es que, hasta la fecha, ni el legislador ni el ejecutivo han empleado criterios uniformes a la hora de referirse ni al sector público en general ni a las fundaciones del sector público en particular. En consecuencia, conviven diferentes definiciones de lo que ha de considerarse «fundación del sector público», según la norma de que se trate.

Ahora bien, durante los últimos ejercicios, en el ámbito del sector público-*Generalitat de Catalunya*, se ha observado una tendencia a considerar fundaciones del sector público a aquellas con «participación total o mayoritaria de la Generalitat». En este sentido, la Orden VEH/189/2016, de 14 de julio, por la que se dictan las normas para elaborar los presupuestos de la *Generalitat de Catalunya* para el año 2017<sup>2</sup>, incluye dentro de los presupuestos de la Generalitat a determinadas entidades entre las que se contemplan las «fundaciones con participación total o mayoritaria de la Generalitat» —apartado primero letra h) del art. 2—. Previsión que se clarifica en el último inciso del sucesivo apartado segundo del siguiente modo:

Con respecto a los consorcios y fundaciones, 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 patronato<sup>3</sup>.

A efectos presupuestarios, esta cualidad de determinadas fundaciones está delimitada en idénticos términos desde hace algunos años. Sin embargo, tal y como hemos advertido en otras ocasiones, la convivencia de esta definición con otras sectoriales como, por ejemplo, la del TRLCSP, la de la Ley de la *Sindicatura de Comptes* o la derivada de la categorización SEC-2010', ha hecho

<sup>2</sup> Publicada en el *DOGC*, núm. 7164 de 18 de julio de 2016.

La definición es sustancialmente idéntica a la de los ejercicios anteriores: Orden ECO/171/2015, de 5 de junio; ECO/183/2014, de 16 de junio, publicada en el *DOGC*, núm. 6647, de 19 de junio de 2014; Orden ECO/190/2013, de 6 de agosto, por la que se dictan las normas para elaborar los presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el año 2014, publicada en el *DOGC*, núm. 6435 de 8 de agosto de 2013 y 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, publicada en el *DOGC*, núm. 6154, de 26 junio 2012; ECO/95/2011, de 25 de mayo, y ECO/10/2011, de 2 de febrero.

<sup>3</sup> Es cierto que la Orden no dice explícitamente que con esa definición se esté precisando la significación de «fundación del sector público», no obstante, todo indica que así se considera cuando dicha entidad esté participada total o mayoritariamente por la *Generalitat*.

necesario que cualquier norma sectorial ofreciera criterios para determinar cuándo una fundación sometida a reglas de Derecho civil se encuentra inserta entre los entes del sector público.

No obstante conviene recordar que, a principios de 2015, la Generalitat procedió a publicar una Orden que debía contribuir a aclarar el desmán provocado por la situación anterior. Nos estamos refiriendo a la Orden ECO/22/2015, de 26 de enero, por la que se regula el Registro del sector público de la *Generalitat de Catalunya*<sup>4</sup>. Esta Orden aclara la composición de la estructura del sector público con la finalidad de que el Registro constituya un inventario de la totalidad de entes instrumentales de la Administración de la *Generalitat*, así como el conjunto de sus participaciones y vinculaciones en y con otras entidades.

En lo que ahora nos interesa, se consideran fundaciones del sector público: las que «en su conjunto, de forma directa o indirecta, la Generalidad disponga de la mayoría absoluta de derechos de voto en el patronato» —art. 3.1d)—.

Se ha de notar que, en este caso, se exige mayoría «absoluta». Por tanto, restringe el concepto de participación proporcionado por otras normas como las presupuestarias —mayoría de los derechos de voto *vs.* mayoría absoluta—.

Además, se define qué se entiende por «participación» de tal manera que se considera que la *Generalitat* participa de manera «directa» en una entidad «si tiene la titularidad de capital participativo o, si al menos un departamento tiene representación en el órgano de gobierno superior»; a *sensu contrario*, se considera «indirecta» cuando «la participación se articula exclusivamente mediante una o varias entidades del sector público<sup>5</sup> de la Administración de la *Generalitat*»<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> DOGC, núm. 6804, de 5 de febrero de 2015.

<sup>5</sup> Además de las fundaciones en los términos definidos *supra*, son entidades del sector público según el artículo 3 de la Orden ECO/22/2015:

—Las entidades autónomas administrativas; las entidades autónomas comerciales, industriales o financieras y las entidades de Derecho público cuya actividad se somete al derecho privado [Las reguladas en el Texto Refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña y en el Texto Refundido del Estatuto de la Empresa Pública Catalana].

—Las entidades de Derecho público de naturaleza jurídica singular de competencia de la *Generalitat*, cuando no encajen en la tipología anterior.

—Las sociedades mercantiles, cuando en su conjunto, de forma directa o indirecta, la Generalidad disponga de más del 50% del capital social.

—Los consorcios, cuando en su conjunto, de forma directa o indirecta, la Generalidad disponga de la mayoría absoluta de derechos de voto en el órgano de gobierno superior, o en su caso, cuando de conformidad con los criterios que establece la normativa de régimen

El grado de participación o control de la Generalidad en una entidad se ha de calcular de forma conjunta y única, agregando todas las participaciones que posea, directa o indirectamente, mediante entidades de su sector público. Este cálculo da lugar a la distinción entre entidad mayoritaria del sector público y entidad participada. A su vez, las entidades participadas se clasifican en paritarias y minoritarias<sup>7</sup>.

Se ha de notar que tanto en esta norma como en las ulteriores de la *Generalitat* —antes citadas— se prescinde de cualquier criterio económico. Es irrelevante la financiación pública o la participación pública en la aportación inicial o en el patrimonio fundacional permanente, tampoco se tiene en cuenta el control en la gestión; a diferencia de lo que sucede con las entidades mercantiles para las que siempre se aclara que esa participación mayoritaria puede ser por el voto o por el porcentaje sobre el capital.

Pues bien, según ya hemos avanzado, la gran novedad en materia de fundaciones para estas nuevas crónicas es que la Ley 5/2017, de medidas fiscales y financieras, por fin, proporciona una definición de «fundaciones del sector público», a priori, con vocación de unificar el concepto, rescatando así la eliminación que se efectuó en el año 2012 del Código Civil catalán, aunque en otros términos<sup>8</sup>.

En concreto, el artículo 174 de la mencionada Ley 5/2017, de medidas fiscales y financieras, establece los requisitos que deben cumplir las fundaciones para poderlas considerar incluidas en el sector público de la Administración de la Generalitat de Cataluña. Se trata de los siguientes:

- i) Que el *patrimonio de la fundación* esté integrado en más de un 50% *por bienes o derechos aportados* o cedidos por la *Administración de la Generalitat*, o cualquiera de las *entidades de su sector público*.

---

jurídico y procedimiento administrativo de las administraciones públicas, corresponda adscribirlos a la Generalidad.—Otras entidades con personalidad jurídica propia que de conformidad con su naturaleza pública o privada, y su régimen jurídico, no corresponda clasificar en ninguno de los supuestos anteriores [incluido el supuesto de las fundaciones], cuando en su conjunto, directa o indirectamente, la participación de la Generalidad en el capital sea superior al 50% o, en su caso, cuando la representación de la Generalidad disponga de la mayoría absoluta de derechos de voto en el órgano de gobierno superior de la entidad.

<sup>6</sup> Las dos anteriores citas son del apartado 3 del Anexo a la Orden ECO/22/2015.

<sup>7</sup> Apartado 5 del Anexo a la Orden ECO/22/2015.

<sup>8</sup> El derogado artículo 331-2 del Código Civil de Cataluña, entendía por fundaciones públicas aquellas constituidas con una aportación mayoritaria de la Administración de la Generalitat, de los entes locales, organismos públicos u otros entes dependientes, con independencia de que la aportación se realizase de manera directa o indirecta. Igualmente, cuando más del cincuenta por ciento del patrimonio fundacional estuviera formado, con carácter permanente, por bienes o derechos aportados por las entidades antes referidas.

ii) Que la *mayoría absoluta* de los derechos de *voto en el patronato* corresponda a la Administración de la Generalitat, o a las *entidades de su sector público*, o a cargos que las representen.

De esta nueva definición destacamos diversas cuestiones. En primer lugar que mantiene la fórmula de la «mayoría absoluta de los derechos de voto en el patronato», por tanto, no es suficiente la simple «participación» o mayoría, sino que debe ser «absoluta». Además, se precisa «de la Administración de la Generalitat o entidades de su sector público», por tanto, como sucede con el Registro del sector público de Cataluña, no deberán computarse, a estos efectos, determinadas entidades de Derecho público, como por ejemplo, las Universidades catalanas.

En segundo lugar que, por primera vez, se valora en términos generales el patrimonio de la fundación. Las normas de referencia en la materia, como el Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público («TRLCSP»), o la misma definición de fundaciones públicas del derogado artículo 331-2 Código Civil catalán, fijaban el punto de mira en el patrimonio fundacional «con carácter de permanencia». Por tanto, el criterio para realizar el análisis del encaje o no de una fundación en el sector público-Generalitat varía, dilatándose.

Los artículos 333-1 a 333-6 del Código Civil de Cataluña, relativos al «patrimonio y actividades económicas de la fundación», no incluyen una definición de lo que se ha de entender por «patrimonio fundacional», motivo por el cual se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, donde se establece:

*«1. El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación».*

Del contenido de estos preceptos se desprende claramente que la dotación forma parte del patrimonio fundacional, de donde se infiere, a su vez, que dotación y patrimonio son dos conceptos distintos, y que este patrimonio también comprende todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que adquiera la fundación tras su constitución.

Podemos entender que la dotación está constituida por:

- a) Los bienes y derechos aportados en el momento fundacional.
- b) Aquellos que con posterioridad al momento fundacional se aporten en concepto de dotación por el fundador o terceras personas.

c) Aquellos que el Patronato afecte con carácter permanente a los fines fundacionales.

Mientras que el patrimonio fundacional está formado por la dotación y por las rentas, ingresos y obligaciones de contenido económico que obtenga la fundación<sup>9</sup>. O dicho de otro modo, desde una perspectiva contable, el patrimonio de una fundación es el activo del balance<sup>10</sup>.

Por lo tanto, el concepto de patrimonio fundacional es más amplio que el de dotación inicial, y en él se pueden incluir todos los bienes, derechos y obligaciones aportados y/o contraídos por la fundación con posterioridad al momento constitutivo, y que sean susceptibles de valoración económica.

Por lo tanto, patrimonio de la fundación será todo aquello que sea evaluable económicamente —bienes y derechos, pero también, obligaciones— en un momento determinado, con independencia de cuál sea la forma —fuente o financiación— y con independencia de donde provenga ese patrimonio.

Una vez señalado lo que ha de entenderse por patrimonio, es necesario realizar la diferenciación entre lo que se considera patrimonio permanente de aquel que no lo es.

<sup>9</sup> A mayor abundamiento, el artículo 16 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal establece que los bienes que integran el patrimonio fundacional son los siguientes:

«El patrimonio de la fundación está formado por los siguientes *bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica*:

a) La dotación, integrada por la dotación inicial aportada por el fundador o por terceras personas, por los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, y por los bienes y derechos que se afecten por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.

En el caso de enajenación o gravamen de bienes y derechos de la dotación, se conservarán en ésta los bienes y derechos que vengan a sustituirlos y se integrará en ella la plusvalía que hubiera podido generarse.

b) Los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, sin carácter permanente, por declaración expresa de su aporte, por acuerdo del patronato o por resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial.

c) Los demás bienes y derechos y las obligaciones que adquiera la fundación en el momento de su constitución o con posterioridad».

<sup>10</sup> En este sentido fue definido en el anterior Reglamento de Fundaciones de 23 de febrero de 1996. En concreto, el artículo 13, establecía que: «se entiende por patrimonio la cifra del total activo que figure en el balance de la fundación, referido siempre a la fecha de cierre del ejercicio».

Así, patrimonio permanente es:

—Aquella parte de la dotación inicial que se califique como tal en el acta fundacional.

—Aquellos bienes y derechos patrimoniales que se aporten *a posteriori* en concepto de dotación inicial.

—Las plusvalías generadas por una enajenación del patrimonio perteneciente a la dotación, y

—Otros bienes o derechos que no siendo dotación inicial, el patronato decida afectarlos a los fines fundacionales con carácter permanente.

Por lo tanto el patrimonio permanente está constituido por aquellos bienes o derechos que pertenecen a la (i) dotación inicial o se han (ii) aportado posteriormente por ese concepto —dotación—. O bien, aquellos bienes o derechos (iii) sobre los que el patronato decida declarar su carácter de permanencia<sup>11</sup>. En este último supuesto, se ha de realizar una declaración formal. El resto de los bienes, derechos y obligaciones de contenido económico formarían parte del patrimonio no permanente.

En conclusión, todos los bienes, derechos y obligaciones de contenido económico de una fundación forman parte de su patrimonio, parte del cual tendrá carácter permanente y parte del no permanente.

Sentado lo anterior, nos encontraremos ante un patrimonio mayoritariamente público —en los términos delimitados por la nueva definición dada por la Ley 5/2017, de medidas fiscales y financieras— cuando dicho patrimonio esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por parte de la Administración de la Generalitat o su sector público. No obstante, ello no condicionará a la fundación a someterse a otras normas, como por ejemplo, el TRLCSP que circunscriben dicho requisito al patrimonio de la fundación con carácter de permanencia.

Para finalizar, no queremos dejar de decir, que es una buena noticia la regulación a nivel general de estas entidades entre dos aguas —totalmente de derecho privado pero pertenecientes al sector público—, y ello a corto plazo debería contribuir a proporcionar una mayor seguridad jurídica para los distintos operadores. No obstante, hemos observado que, ciertos acuerdos de Gobierno dictados con posterioridad a la Ley 5/2017 de medidas fiscales,

---

<sup>11</sup> El concepto de «permanencia» ha de quedar patente y evidenciado, ya sea en la carta fundacional, en las aportaciones posteriores o en la declaración expresa realizada por el Patronato declarando la afección.

siguen empleando la fórmula utilizada por la Orden del Registro del Sector público, en lugar de la nueva definición de fundaciones del sector público. Ejemplo de ello es Acuerdo de Gobierno de la Generalitat de 25 de abril de 2017 por el que se crea el Programa de Homogeneización de procesos y mecanismos internos de tramitación de los tributos y cotizaciones sociales.

Este Acuerdo de Gobierno se dirige a los sujetos del Sector público de la *Generalitat* en la definición dada por el artículo 3.1 de la Orden del Registro de las Entidades del Sector público de la *Generalitat* del año 2015, por tanto, únicamente están obligadas a su cumplimiento las fundaciones en las que la *Generalitat* posea la mayoría absoluta de los derechos de voto de manera directa o indirecta y no aquellas en las que patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración de la *Generalitat*, o cualquiera de las entidades de su sector público. Estas discordancias entre el legislativo y el Gobierno no contribuyen a paliar el desmán regulatorio en la materia y, tendencialmente, deberían homogeneizarse los criterios de los unos y de los otros.

## 2. *Régimen jurídico de las fundaciones del sector público*

En cuanto al régimen jurídico de las fundaciones del sector público, el artículo 175 de la Ley 5/2017 de medidas fiscales y financieras, establece lo siguiente:

- a) Será aplicable a las fundaciones «adscritas» al sector público de la *Generalitat* el régimen de transparencia establecido en la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- b) Las fundaciones del sector público de la *Generalitat* y las que se encuentran «adscritas» al mismo se sujetarán al régimen presupuestario, de contabilidad, económico financiero y de control de la *Generalitat*.
- c) El régimen de contratación será el establecido por la normativa de contratos del sector público y se regirán por la normativa de patrimonio de la *Generalitat* de Cataluña, en aquello que les sea aplicable.
- d) El personal al servicio de las fundaciones del sector público de la *Generalitat* de Cataluña y de las que se encuentran «adscritas» al mismo se regirá por el derecho laboral y por las normas de derecho público aplicables al personal laboral del sector público de la *Generalitat*.

Sobre este nuevo régimen jurídico específico conviene llamar la atención sobre dos cuestiones. En primer lugar, que muchas de las obligaciones no son

únicamente aplicables a aquellas fundaciones que encajen en la nueva definición, sino que se alude también a las fundaciones «adscritas», sin que, por otro lado, la norma proporcione una definición de lo que ha de entenderse por «adscripción». No obstante, sobre este respecto, el apartado 1 del artículo 175 de la Ley 5/2017 de medidas fiscales y financieras, apunta que: «El régimen de adscripción de las fundaciones del sector público es el establecido por la normativa de régimen jurídico de carácter básico», por tanto, podemos entender de aplicación, por remisión, la regulación establecida a tal efecto por el artículo 129 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relativo al régimen de adscripción de las fundaciones<sup>12</sup>.

En segundo lugar, debemos señalar que la Ley 5/2017 de medidas fiscales y financieras sujeta a las fundaciones del sector público de la *Generalitat* a la normativa de contratos del sector público —letra c) anterior—. Esta remisión podría resultar un tanto conflictiva habida cuenta de que, como se ha advertido, las definiciones que emplean una y otra norma no coinciden. Así podría suceder que una fundación no perteneciente al ámbito subjetivo de

---

<sup>12</sup> El precepto referenciado establece lo siguiente:

- «1. Los estatutos de cada fundación determinarán la Administración Pública a la que estará adscrita de conformidad con lo previsto en este artículo.
2. De acuerdo con los siguientes criterios, ordenados por prioridad en su aplicación, referidos a la situación en el primer día del ejercicio presupuestario, la fundación del sector público quedará adscrita, en cada ejercicio presupuestario y por todo este período, a la Administración Pública que:
- Disponga de mayoría de patronos.
  - Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
  - Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
  - Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del patronato.
  - Financie en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por la fundación, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.
  - Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.
3. En el supuesto de que participen en la fundación entidades privadas sin ánimo de lucro, la fundación del sector público estará adscrita a la Administración que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior.
4. El cambio de adscripción a una Administración Pública, cualquiera que fuere su causa, conllevará la modificación de los estatutos que deberá realizarse en un plazo no superior a tres meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquél en se produjo el cambio de adscripción».

aplicación del TRLCSP tuviera que aplicarlo por imperativo de la Ley de medidas fiscales<sup>13</sup>.

### **III. Otras novedades que afectan colateralmente al régimen jurídico al que se sujetan determinadas fundaciones**

#### **1. Novedades relativas a las fundaciones constituidas como centros CERCA**

*El artículo 179, de la Ley 5/2017 de medidas fiscales y financieras, modifica el artículo 67 de la Ley 7/2011 en el sentido de introducir un nuevo apartado 7 que establece que los centros CERCA constituidos como fundación, que consolidan su presupuesto con la Administración de la Generalitat y que están inscritos en el Registro del sector público de la Generalitat, serán considerados integrantes del sector público de la Generalitat a los efectos de acreditar su capacidad financiera, cuando les sea requerida para la participación en las acciones de fomento europeas del Programa marco de investigación e innovación.*

Por otro lado, en relación con las medidas en materia de personal, la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> de la Ley 4/2017 de Presupuestos de la Generalitat se refiere a la aplicación a ICREA y a los centros CERCA de dicho régimen.

En este sentido, la referida Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> establece que a la fundación ICREA y a los centros CERCA le serán aplicables los artículos 24, 31 y 32.1 y la Disposición Adicional 23.<sup>a</sup> de la Ley 4/2017 de Presupuestos de la Generalitat.

La aplicación del artículo 24 de la Ley 4/2017 supone que a los centros CERCA le resulten aplicables las normas sobre gastos de personal destinadas, con carácter general, al conjunto del sector público de la *Generalitat* de Cataluña, mientras que hasta el momento, y en virtud del artículo 67 de la Ley 7/2011, esos centros quedaban al margen de esas limitaciones.

En el mismo sentido, la aplicación del artículo 31 de la Ley 4/2017, implica que en el ejercicio 2017, la oferta de ocupación pública y los instrumentos de gestión similar se deberán aprobar en función de las disponibili-

---

<sup>13</sup> Conviene recordar que a efectos del TRLCSP una fundación pertenece al sector público, las 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» —art. 3.1 f)—, o bien por encajar en el concepto de poder adjudicador de la cláusula residual —letra b) del art. 3.3—.

dades presupuestarias y de conformidad con las previsiones de carácter básico que se establezcan. Esta previsión actúa como límite a la autonomía económica y financiera de que gozaban los centros CERCA según la Ley 7/2011.

Por otro lado, la aplicación del artículo 32.1 de la Ley 4/2017, supone que las necesidades de personal se deban atender prioritariamente con personal funcionario de carrera, estatutario y laboral fijo existente, utilizando los sistemas generales y extraordinarios de provisión previstos legalmente y, si se da el caso, los convenios colectivos aplicables.

Finalmente, la aplicación de la Disposición Adicional 23.<sup>a</sup> de la Ley 4/2017 conlleva, una vez más, que a los centros CERCA les resulten de aplicación las medidas relativas a gastos de personal previstas en la referida Ley, en el sentido de que los incrementos de las retribuciones del personal del sector público que pueda establecer el Estado se deben aplicar, respetándose el porcentaje máximo, a las retribuciones incluidas en la Ley 4/2017.

## **2. *Novedades en materia de contratación que afectan a las fundaciones del sector público. La Ley 5/2017, de medidas fiscales y financieras***

El artículo 159 de la Ley 5/2017, de medidas fiscales y financieras introduce una serie de novedades en materia de contratación pública aplicables a la Generalitat y a su sector público y, por lo tanto, también a las fundaciones que forman parte del mismo. Se detallan a continuación las novedades principales introducidas:

- i) En los expedientes de *modificaciones y prórrogas de contratos* y en los procedimientos que se tramiten por urgencia se deberá redactar un informe justificativo de esta medida que deberá publicarse en la Plataforma de Servicios de Contratación de la Generalitat de Cataluña. Hasta el momento dicha publicación no era obligatoria.
- ii) *Subrogación de personal*: se deberá establecer en los pliegos de cláusulas penalidades a aplicar a las empresas contratistas que no faciliten, o lo hagan de forma incorrecta, los datos relativos a los trabajadores a subrogar.
- iii) *Contratos menores recurrentes*: la formalización de más de dos contratos menores consecutivos con idéntico objeto y adjudicatario en un período de tiempo inferior a un año o la formalización de contratos menores con idéntico objeto y destinatario durante tres años consecutivos requerirá la emisión de un informe justificativo por parte del órgano de contratación, en el caso de servicios y suministros superiores a 5.000 € (IVA excluido), y en el caso

de contratos de obra de un importe superior a 12.000 € (IVA excluido). Este informe se publicará en la Plataforma de Servicios de la Contratación Pública y en el Portal de la Transparencia de la Generalitat.

iv) *Publicación íntegra de los informes de valoración de las ofertas:* será necesario publicar íntegramente los informes de valoración, salvo la información confidencial a la Plataforma de Servicios de Contratación Pública de la Generalitat.

v) Se podrá exigir en los pliegos, como *criterios de solvencia o condiciones de ejecución de contratos*, que el contratista cumpla unos requisitos mínimos salariales de estabilidad y salud laboral, de responsabilidad ambiental y de medidas de fomento de la igualdad de género y de la conciliación personal en relación con el objeto del contrato.

vi) *Presupuesto de licitación en los contratos de servicios:* debe incorporar todos los costes directos e indirectos como los salariales, los de seguridad social, los de formación permanente obligatoria, los correspondientes a seguros, los de prevención de riesgos laborales, los de vigilancia de la salud, etc. En cuanto a los costes salariales, se deben respetar los salarios derivados de la aplicación del convenio colectivo correspondiente. En consecuencia, habrá que tener en cuenta estos aspectos en la cuantificación del presupuesto de licitación de los contratos de servicios recurrentes, en la prestación de los cuales la empresa contratista tenga la obligación de adscribir personal.

#### **IV. Proyecto de Orden por la que se establece el nivel de sujeción de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública a determinados instrumentos de transparencia**

El proyecto de Orden se elabora en cumplimiento del artículo 5.2 de la Ley 21/2014, del 29 de diciembre. En este precepto se establece que el consejero del departamento competente en materia de fundaciones y asociaciones fijará por medio de una orden el nivel de sujeción de las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública a los instrumentos de transparencia que establece el Capítulo II, en función de la dimensión de las entidades y del origen de las fuentes de financiación. Se trata de instrumentos de transparencia que muchas fundaciones ya tienen implementados pero que a partir de la aprobación de la Orden pasarán a ser obligatorios.

A partir de la tipología de entidades señaladas en la mencionada Ley 21/2014, el proyecto de Orden sintetiza los elementos de información que han de hacer públicas las fundaciones atendiendo a sus características. A efec-

tos aclaratorios, el artículo 2 del proyecto define todos los elementos requeridos<sup>14</sup>.

La orden regula su objeto (art. 1), las definiciones (art. 2), el ámbito subjetivo (art. 3), los criterios de sujeción (arts. 4 a 6) y dedica los artículos 7 a 12 a establecer las obligaciones de información, siguiendo el criterio de procurar el equilibrio y la proporcionalidad adecuadas a la realidad de las entidades. Este criterio de equilibrio y proporcionalidad se ha concretado según la dimensión de las entidades de acuerdo con la normativa reguladora del Plan de contabilidad, aprobada mediante el Decreto 259/2008, de 23 de diciembre, por el hecho de si perciben fondos públicos por encima de un determinado umbral y en función de la sujeción al control financiero de la Intervención General de la Generalitat y de la Sindicatura de Cuentas.

El artículo 13 regula la aplicación del principio de transparencia en este ámbito. La Orden se cierra con tres disposiciones: una disposición adicional, que establece la actualización automática de la tipología de fundaciones y asociaciones de utilidad pública enumeradas en el artículo 5 del proyecto para el supuesto de que se modifique el Decreto 259/2008, de 23 de diciembre que aprueba el Plan de contabilidad; una disposición transitoria, que concreta a qué ejercicio corresponde la primera información que las entidades han de presentar una vez entre en vigor la Orden; y una disposición final, que prevé que la Orden entre en vigor el día 1 de enero de 2018.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, conviene señalar que únicamente se aplica a las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública sometidas a la legislación catalana.

Los criterios que determinan el nivel de sujeción a los instrumentos de transparencia son los siguientes —art. 4 del proyecto de Orden—:

- a) La dimensión de las entidades, según la tipología que establece el Plan de contabilidad de las fundaciones y asociaciones sujetas a la legislación de la *Generalitat* de Cataluña, aprobado por el Decreto 259/2008 de 23 de diciembre.
- b) Que las entidades estén obligadas a auditar sus cuentas.

<sup>14</sup> El artículo 2 establece hasta veintidós definiciones, entre otras: «Actividades de las entidades», «auditoría», «colectivo de personas beneficiarias atendidas», «concursos, contratos y licitaciones»; «entidades que reciben fondos públicos», «misión de la entidad», programa anual de actividades», «principales líneas estratégicas de actuación», «fines o finalidades de las entidades».

c) Que las entidades perciban fondos públicos, entendiéndose que los reciben cuando<sup>15</sup>:

—Al menos el 40% de los ingresos provengan de las administraciones públicas por medio de subvenciones, convenios o cualquier tipo de contrato de prestación de servicios.

—Aquellas entidades que hayan recibido ingresos de cualquier tipo provenientes de cualquier Administración pública por un valor superior a 60.000 € en el conjunto del ejercicio<sup>16</sup>.

d) El hecho de que las entidades estén sujetas al control financiero de la Intervención General de la *Generalitat* y de la *Sindicatura de Comptes*, en los términos del Decreto legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Finanzas Públicas, y de la Ley 18/2010, del 7 de junio, de la *Sindicatura de Comptes*.

Los criterios mencionados operan de forma acumulativa para determinar el nivel de sujeción a las obligaciones de transparencia.

Destaca que los instrumentos de transparencia que las entidades han de hacer públicos se determinan siguiendo un criterio de proporcionalidad en función de su adscripción a una determinada tipología —fundaciones de dimensión reducida, de dimensión mediana y de gran dimensión—, con el fin de que la regulación logre la eficacia y eficiencia pretendidas y que dichas obligaciones de transparencia se establecen sin perjuicio de las que puedan ser exigidas en aplicación de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

---

<sup>15</sup> Artículo 2.1 letra i) del proyecto de Orden.

<sup>16</sup> Se entiende que cualquiera de las dos circunstancias indicadas en los párrafos anteriores se ha producido en el último ejercicio económico cerrado.



# **Las fundaciones en Extremadura durante 2016: algunas reflexiones sobre el diálogo civil y la promoción pública del tercer sector**

*Enrique Hernández Diez*

Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA AUSENCIA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO PARTICULAR EN EXTREMADURA.—II. ACTIVIDAD Y DESARROLLO DE LAS FUNDACIONES EN EXTREMADURA DURANTE 2016.—III. EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN DEL DIÁLOGO CIVIL EN EXTREMADURA.—IV. DESAFÍOS DEL SECTOR FUNDACIONAL EN EXTREMADURA Y PERSPECTIVAS.—V. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## **I. Introducción: la ausencia de un régimen jurídico particular en Extremadura**

El primer Estatuto de Autonomía de Extremadura (EAEx), en su versión aprobada por Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura, preveía el ejercicio de competencias en materia de fundaciones «de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares» (art. 10.1.c). Con la profunda reforma de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, por la que se modifica íntegramente el Estatuto de Autonomía de Extremadura y se publica un nuevo texto revisado, la Comunidad Autónoma adquiere «competencia exclusiva» sobre «Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma» (art. 7.1.26 del vigente EAEx). Sin embargo, esta competencia no ha sido ejercida más allá de la constitución y existencia del registro y protectorado único, que en 2016 ha permanecido encomendado al Servicio de Administración de Justicia y Registro, adscrito a la Secretaría General de Administración Pública, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Extremadura.

La inexistencia de regulación jurídica específica sobre la materia ha sido justificada, desde 1983 hasta el momento, por el hecho de que la legislación básica y de régimen general emanada del legislador estatal cubre, con creces, las necesidades normativas del sector fundacional en Extremadura. En consecuencia, en materia de fundaciones, durante 2016 se han aprobado solo

disposiciones reglamentarias y de gestión: nombramientos para las fundaciones del sector público, regulación, convocatoria y concesión de subvenciones sobre distintas materias y en diferentes modalidades, etc. No constan este año tampoco borradores o proyectos normativos de rango legal al respecto.

A pesar de lo anterior, la Junta de Extremadura sí ha dado pasos, durante 2016, tendentes a la regulación de aspectos colaterales en materia de fundaciones, relacionados con la sociedad civil, la participación ciudadana y el tercer sector, es decir, del sector privado sin ánimo de lucro, o en palabras del profesor Muñoz Machado (2002: 701), aquel que se desarrolla «en un lugar distinto del Estado y del mercado». En primer lugar, ha sido sometido a consulta pública el proyecto de Decreto por el que se crea y regula la Mesa del Diálogo Civil del Tercer Sector de Extremadura (Anuncio en DOE 208, de 28 de octubre de 2016). Este texto fue aprobado tres meses más tarde, mediante el Decreto 8/2017, de 7 de febrero, por el que se crea y regula la Mesa del Diálogo Civil del Tercer Sector de Extremadura (en adelante, DMDC). En segundo lugar, la Portavocía de la Junta de Extremadura, a través de la Secretaría Técnica de Relaciones con la Ciudadanía, puso en marcha durante 2016 un Grupo Motor que ha desarrollado una propuesta para dotar de contenido al artículo 38 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura. Es decir, este Grupo ha planteado una posible fórmula para la activación del Consejo Extremeño de Ciudadanos. A mediados de 2017 esta propuesta sigue sin realizarse, y no consta ninguna alternativa formal, por lo que centraré el análisis de las siguientes páginas en la ordenación del diálogo civil.

Por último, a la luz de la situación actual del sector fundacional en Extremadura, de los antecedentes de los últimos años, y de las perspectivas de futuro, plantearé algunos de los desafíos de carácter jurídico que tal vez deban afrontarse desde los poderes públicos extremeños a corto y medio plazo.

## **II. Actividad y desarrollo de las Fundaciones en Extremadura durante 2016**

El sector fundacional en Extremadura, durante el año 2016, ha mantenido la tendencia de ligero aumento cuantitativo, pasando de 179 fundaciones inscritas en el registro autonómico (y protectorado único autonómico) a un total de 181. No obstante, se puede observar un descenso del ritmo de crecimiento en la última década: aunque todos los años se crean nuevas fundaciones extremeñas, cada año el incremento es menor. En la actualidad, se aprecia incluso un cierto equilibrio entre la creación y la liquidación de

fundaciones, puesto que en 2016 se mantiene estable la cifra de Fundaciones en Extremadura. La ratio en Extremadura ronda las diecisiete fundaciones por cada cien mil habitantes, según datos de Rey García (2011: 22), en un nivel similar a Andalucía, Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana. Solo por detrás de Extremadura, con 14 fundaciones por cada 100.000 habitantes, se situarían la Región de Murcia y Canarias.

TABLA 1  
Inscripción de nuevas fundaciones en el registro autonómico de Extremadura

Año	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Nuevas inscripciones	9	6	4	11	3	4	3	3	3	2

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Protectorado de fundaciones de la Junta de Extremadura.

Sin embargo, este cálculo sobre el crecimiento anual no incluye a las fundaciones de ámbito estatal, o con sede en otras Comunidades Autónomas, que desarrollen una actividad más o menos estable en Extremadura. Por esta razón, la Asociación Extremeña de Fundaciones (AFEX) señala que el número total de fundaciones en Extremadura sería casi el doble. En cualquier caso, la propia AFEX apuntaba que en 2015, Extremadura contaba con alrededor de 300 fundaciones, de las cuales 219 estarían activas, mientras que en 2016 serían 250 las fundaciones existentes, y 155 las activas. El Protectorado autonómico tiene constancia de la actividad de 95 de las registradas como fundaciones de actividad principal en Extremadura, tanto en 2015 como en 2016. Sobre la noción de «fundaciones activas», me remito a lo ya señalado en ediciones anteriores del Anuario (Hernández Diez, 2016).

El contraste de cifras entre las autoridades públicas y la plataforma representativa del sector pone en evidencia dos graves problemas no resueltos.

El primero de tales problemas es la falta de información pública, veraz y suficiente, sobre la actividad de fundaciones no sometidas al control del protectorado extremeño en la Comunidad Autónoma de Extremadura. El problema no es la falta de sometimiento, sino de información disponible para conocer el desarrollo real del sector en la región. Por su parte, Rey García (2011: 26) señala que las fundaciones constituidas ante el Protectorado autonómico serían en la región el 80% del total, información que también es diferente de la que puede deducirse por los datos de la AFEX. De hecho, resulta llamativo que a pesar de la disparidad de las cifras dadas por la AFEX

sobre fundaciones activas en Extremadura, tanto en 2015 (219 activas) como en 2016 (155 activas), esta plataforma atribuye al sector un Valor Añadido Bruto constante de 72 millones de euros en Extremadura, y una cifra también estable de trabajadores directos: entre mil cien (2015) y mil doscientos (2016). Parece evidente que faltan estudios más rigurosos sobre el sector desde otras disciplinas científicas, no jurídicas.

El segundo problema se produce porque la legislación estatal no resuelve de manera eficaz el desafío de la inactividad de las fundaciones, o su «muerte por agotamiento»: existen fundaciones de manera nominal, en las que los patronos no desarrollan ninguna función ni actividad desde hace años (en algunos casos incluso décadas), y no existen instrumentos jurídicos suficientes que faciliten su reactivación, o su disolución formal para la desaparición de la personalidad jurídica. En 2016 apenas se produjo una liquidación formal ante el Protectorado extremeño (la Fundación Campo de Golf de Talayuela), a pesar del contraste entre fundaciones registradas y fundaciones que rinden cuentas. La necesidad legal de acudir a la autoridad judicial parece que supone una medida disuasoria en exceso para iniciar procesos de liquidación por actores ajenos al propio patronato. Dicha garantía judicial está probablemente orientada con acierto a la protección del derecho de fundación, pero tal y como está configurada está suponiendo un obstáculo a la seguridad jurídica: existen formalmente fundaciones con personalidad jurídica y sin actividad real.

La legislación estatal tampoco facilita la existencia de un desarrollo normativo en Extremadura que resuelva esta situación, por el carácter básico y de régimen general civil o procesal que atribuye la Disposición final primera de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, a la mayor parte del articulado de esta norma. Es posible que otra causa de este segundo problema radique en la falta de medios del Protectorado para fortalecer su capacidad de iniciativa en el ejercicio de sus funciones. Sea como fuere, la exhaustividad de la legislación básica estatal impide formular también otras adaptaciones jurídicas que podrían ser útiles dada la realidad socioeconómica de Extremadura, como apuntaré al final de este estudio.

En todo caso, la principal línea de reivindicación conjunta del sector fundacional hacia los poderes públicos se ha centrado, durante 2016, en el mecenazgo. Y en particular, la AFEX trasladó a la Junta de Extremadura en su propia Asamblea general de 20 de junio de 2016, la importancia de mejorar las deducciones en la cuota autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aplicables a las donaciones inferiores a 150 euros. Este tipo de medidas, previstas por las últimas reformas estatales, no han sido in-

corporadas al Derecho fiscal autonómico para su tramo de tributación. Sin embargo, en una región con una renta per cápita de las más bajas de España, parece obvio que esta política fiscal puede ser beneficiosa para un sector que depende de la inversión altruista, y en Extremadura no parece previsible que se produzca principalmente a través de grandes sumas de dinero.

Por otra parte, el sector público autonómico continúa siendo uno de los principales promotores del sector fundacional. Según el Inventario de Entes del Sector Público (INVENTE)<sup>1</sup>, el sector público extremeño participa en veinte fundaciones. Este instrumento, INVENTE, permite comprobar que el desarrollo cuantitativo del sector público fundacional extremeño es similar al de otras Comunidades Autónomas de características semejantes (por población y renta).

Además de la participación directa del sector público en el patronato de diversas fundaciones, durante 2016 se han publicado varios Decretos, Órdenes y Resoluciones<sup>2</sup> que contienen diversos actos administrativos con incidencia directa o indirecta en el sector fundacional extremeño. Destacan las subvenciones públicas concedidas a entidades del sector fundacional, sobre todo aquellas que han tenido por objeto promover distintos ámbitos de voluntariado (social, ambiental, en cuidados paliativos...) y en materia de cooperación internacional al desarrollo. También se ha producido, en comparación con años anteriores, un aumento de los Convenios de colaboración suscritos entre fundaciones (públicas o privadas) y otras instituciones públicas autonómicas, con multitud de objetos específicos, que no procede relatar.

En definitiva, la Junta de Extremadura continúa siendo un financiador excepcional de la actividad fundacional, por distintas vías jurídicas, según los datos arrojados por el Portal de Transparencia de la Administración autonómica<sup>3</sup>. A pesar de la dificultad para extraer algunos datos, o identificar como fundaciones a algunas entidades que lo son pero no se definen como tal en su denominación, se puede deducir una inversión pública aproximada de entre tres y cuatro millones de euros, solo por la vía de subvenciones de la Junta de Extremadura, que ha servido para financiar parte de la actividad de

<sup>1</sup> Este Inventario unificado fue creado, a propuesta de la Comisión para la Reforma de la Administración (CORA), mediante el Real Decreto 696/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

<sup>2</sup> Destacan las Resoluciones para dar publicidad a convenios entre el sector público y el sector fundacional. Durante 2016 se han publicado más de veinte convenios de colaboración sobre distintos aspectos sectoriales, en los que al menos una de las partes es una fundación, pública o privada.

<sup>3</sup> Disponible a través de [www.gobiernoabierto.gobex.es](http://www.gobiernoabierto.gobex.es), a 6 de julio de 2017.

medio centenar de fundaciones públicas y privadas en 2016. Este cómputo excluye la financiación consignada a las fundaciones del sector público autonómico en sus correspondientes partidas de los Presupuestos Generales de Extremadura, y tampoco suma los treinta contratos de servicios que, aproximadamente, han sido adjudicados a entidades fundacionales, públicas o privadas, en su gran mayoría mediante la fórmula de contratos menores de servicios.

### **III. Evolución y regulación del diálogo civil en Extremadura**

Durante 2016 han destacado dos propuestas normativas específicas, planteadas en materia de sociedad civil y tercer sector por la Junta de Extremadura. En ambos casos, la afectación al sector fundacional se produce por su identidad habitual como tercer sector, con exclusión de las fundaciones del sector público. Aunque ninguna de las dos iniciativas se ha convertido en Derecho positivo durante 2016, las propuestas suscitadas son relevantes para entender el enfoque doctrinal desde el que se plantean las nuevas iniciativas normativas, y el protagonismo jurídico que está adquiriendo en los últimos años el tercer sector extremeño. Se trata de un sector de larga trayectoria histórica, pero con una capacidad de incidencia cada vez más sólida y coordinada mediante plataformas sectoriales, para la representatividad de los intereses de la sociedad civil (cfr. De Castro Sanz, 2010).

La Plataforma del Tercer Sector de Extremadura ha negociado con la Administración autonómica la regulación del denominado diálogo civil y la creación, en consecuencia, de una Mesa de Diálogo Civil. Esta propuesta pactada se ha sustanciado en sintonía con lo previsto en la Resolución de 28 de enero de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se crea la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector. La noción sobre «diálogo civil» emana a su vez del principio rector del Derecho europeo, contenido en el artículo 11.2 del TUE: «Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil». La utilidad en España de estas figuras, empezando por la creación de la Comisión estatal, ha sido descrita de manera temprana por De Lorenzo García (2013).

Ya mencioné las iniciativas emergentes sobre diálogo civil en Extremadura, en el Anuario de Derecho de Fundaciones 2015. Se trataba entonces de una iniciativa de diversas plataformas de sociedad civil de la región, con ocasión de las elecciones autonómicas. Por tanto, los interlocutores de aquel diálogo hasta 2015 y buena parte de 2016 han sido, en Extremadura, una

pluralidad de redes y plataformas de sociedad civil, de una parte, con el conjunto de fuerzas políticas (con o sin representación parlamentaria en aquel momento), de la otra parte. Sin embargo, hacia finales de 2016 este planteamiento ha cambiado, y la transformación ha sido positivizada finalmente en 2017, mediante el DMDC ya citado.

Existen razones que justifican y recomiendan la regulación de fórmulas concretas de canalización del diálogo civil en los distintos niveles territoriales del Estado. Dado que el diálogo se produce de hecho, parece conveniente prever un marco jurídico explícito para un «diálogo de derecho», al menos por dos razones: por un lado, para reconocer formalmente el papel interlocutor de agentes no partidistas, portadores de los llamados intereses colectivos y difusos, que contribuyen a definir el interés general (cfr. Sánchez Morón, 1980). De esta forma, además, se reducen las posibles arbitrariedades en el reconocimiento de interlocución a las organizaciones sociales por parte de los poderes públicos. Por otro lado, la regulación es útil para prevenir desviaciones corporativistas de unas pocas entidades sociales que tengan mayor influencia de hecho sin mayor representatividad real. Esta ordenación se puede concretar mediante fórmulas de participación orgánica y procedimental del tercer sector ante los poderes públicos.

Si el diálogo social reúne, para abordar cuestiones de interés general, a los principales actores del mercado laboral (a los sindicatos, a los representantes de la patronal y a los gobiernos), el diálogo civil pretende integrar en el debate político general a los agentes de la sociedad civil organizada: el tercer sector. El diálogo social es una noción consolidada por su trayectoria histórica, como menciona De Lorenzo (*op. cit.*) y demuestra el análisis de Cruz Villalón (2014). Esta nueva apuesta por un diálogo civil supone una alteración implícita del modelo consultivo clásico de los Consejos Económicos y Sociales, también del extremeño. Aquellos órganos consultivos han sido, hasta el momento, los principales espacios institucionales en los que se encontraban representantes de intereses colectivos y difusos, distintos de los partidos políticos. El diálogo civil pretende reforzar el papel de un actor emergente como son las organizaciones no gubernamentales de acción social. El objetivo último no es otro que el refuerzo de mecanismos de democracia participativa.

En Extremadura, como en la mayor parte de España, el Consejo Económico y Social (CES) fue creado con anterioridad a la coordinación efectiva del tercer sector, y son previos también al surgimiento de algunas de las plataformas de sociedad civil organizada actuales y más representativas. Por esta razón las redes del tercer sector no forman parte de los Consejos Económicos y Sociales en España (salvo en los casos de reformas recientes). En

Extremadura ni siquiera se integran aún en el tradicional Grupo Tercero, cuya razón de ser es representar a las organizaciones sociales distintas del mundo sindical (Grupo Primero) y de la patronal (Grupo Segundo). Ningún actor político, en Extremadura o en España, puede imaginar hoy en día una política económica y social de consenso que no tenga en consideración las propuestas de las representaciones territoriales de las plataformas de la sociedad civil. En los últimos años se ha creado o fortalecido notablemente la capacidad interlocutora en las Comunidades Autónomas de entidades como la Red Europea de lucha contra la Pobreza (EAPN), las plataformas de voluntariado, las asociaciones de fundaciones, los consejos de la juventud<sup>4</sup>, las plataformas de infancia, las redes coordinadoras de ONG's de Desarrollo y las plataformas del tercer sector, por citar algunos ejemplos. Este amplio e importante abanico de entidades sociales es portador claro de intereses necesarios para la formación del interés público.

El objetivo de los nuevos órganos de diálogo civil (mesas, comités...) es dotar de reconocimiento público institucional a las organizaciones del tercer sector e incorporar formalmente con ello su participación en la toma de decisiones públicas. Así lo recogen las partes expositivas de las normas de creación de tales figuras; también en el Decreto 8/2017 ya mencionado. Aunque la creación de nuevos órganos parece reprobada por la política de racionalización del sector público, es evidente que no resulta razonable ignorar o prescindir de las plataformas del tercer sector de reciente configuración. Su papel en la formulación heterogénea del interés general es fundamental.

Los nuevos instrumentos no son incompatibles con los clásicos Consejos Económicos y Sociales, sobre los cuales, en todo caso, parecería lógica una reforma parcial. Así, la Ley 3/1991, de 25 de abril, de creación del Consejo Económico y Social de Extremadura, debería reconocer la existencia de personas jurídicas representativas de intereses económicos y sociales que no existían cuando se promulgó, pero que hoy son muy influyentes en la sociedad extremeña. Dicha reforma debería actualizar, en concreto, la composición del Grupo Tercero, adaptándolo al nuevo esquema real de organizaciones de la sociedad civil, portadoras de intereses colectivos y difusos no representados a día de hoy en el CES.

En Extremadura se configuró durante 2015 y la mayor parte de 2016 un proceso informal de diálogo civil, de acuerdo al modelo implantado en el

---

<sup>4</sup> Aunque estas figuras han sido cuestionadas por los procesos de racionalización del sector público, al ser instituciones de naturaleza jurídica pública en muchos casos. Cfr. Álvarez García y Hernández Diez (2016).

Decreto Foral 154/2016, de 18 de octubre, por el que se formaliza y regula la Mesa de Diálogo Civil de Bizkaia. Este modelo, desarrollado en aquel territorio también en la práctica con anterioridad a su plasmación normativa, se caracteriza por la pluralidad de agentes de sociedad civil y plataformas participantes. Se trata de un modelo alternativo al de la Comisión (estatal) para el Diálogo Civil creada en 2013, que solo reconoce e incluye a una única red de entidades como interlocutora ante el Gobierno: la Plataforma del Tercer Sector. En Extremadura la iniciativa fue, en un primer momento, impulsada por dos plataformas que no integran la del Tercer Sector (la Coordinadora extremeña de ONGD's —CONGDEX—, y el Consejo de la Juventud de Extremadura —CJEx—). Ambas instituciones invitaron a las demás redes territoriales de sociedad civil (EAPN, AFEX, Plataforma de Voluntariado de Extremadura, y la propia Plataforma extremeña del Tercer Sector —PTSEEx—, entre otras) a un modelo de diálogo civil multilateral, similar pero no idéntico al de Bizkaia. Este modelo ha sido desechado por la norma que formaliza el diálogo civil en Extremadura.

La segunda diferencia, con respecto al modelo de regulación de 2016, consiste en que el anterior proceso informal de diálogo también era plural desde la parte político-institucional: en lugar de establecer comunicación solo con representantes de la Junta de Extremadura (gobierno autonómico), se planteó y se desarrolló con los grupos políticos (especialmente con los que tuvieran representación parlamentaria), además del propio Ejecutivo. De esta forma, se pretendía incidir tanto en la actividad legislativa como en la actividad ejecutiva-reglamentaria. La razón de esta apuesta de incidencia multilateral también radicaba en otra constatación: la nueva realidad de gobiernos en minoría parlamentaria ha incrementado la actividad y el peso político real de las cámaras legislativas autonómicas, también en Extremadura. Esta circunstancia ha aumentado el número de iniciativas de ley y no de ley que parten directamente de grupos parlamentarios, frente a la tradicional iniciativa normativa casi exclusiva del Ejecutivo<sup>5</sup>.

En síntesis, por tanto, existían sobre la mesa tres fórmulas posibles de diálogo civil, desarrolladas por las vía de hecho o de derecho, antes de la propuesta normativa de 2016: 1) de interlocución bilateral entre una única plataforma y un representante gubernamental (modelo jurídico estatal); 2) de

<sup>5</sup> Tanto es así, que el propio CES al que aludía anteriormente ha solicitado a los Grupos parlamentarios poder dictaminar también sobre sus propuestas legislativas, y no solo sobre los proyectos de ley de la Junta de Extremadura, puesto que estaba constatando en la última legislatura la cantidad de iniciativas que llegaban y se debatían en la Asamblea de Extremadura sin haber sido consideradas en el seno del CES.

interlocución multilateral entre plataformas diversas de sociedad civil y la representación gubernamental (modelo de Bizkaia); y 3) de interlocución multilateral entre plataformas de sociedad civil e instituciones políticas representativas, parlamento y gobierno (modelo informal extremeño). De las tres opciones, la PTSE ha optado por acordar con la Junta de Extremadura la regulación e institución formal del primer modelo, la fórmula estatal, y por tanto la bilateralidad estricta del diálogo.

Cualquiera de las fórmulas conlleva peligros obvios desde el punto de vista de la racionalidad normativa. En concreto, la opción elegida supone un claro riesgo de corporativismo, centrando la interlocución en una única portavocía de sociedad civil. Este riesgo se aprecia con claridad cuando se constata, además, que los propios Estatutos de la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura prevén «como elemento esencial (...) la relevancia y el protagonismo en la misma de los miembros fundadores». Tal fórmula supone una apuesta favorecedora de ciertas entidades y plataformas de sociedad civil en perjuicio de otras, a pesar de que la representatividad real pueda variar con el paso del tiempo, y sin más justificación que haber sido, en un momento concreto, fundadores de una plataforma privada determinada. Sánchez Morón ya advertía hace décadas (1980: 57 y ss.) del riesgo de institucionalizar un único agente representativo de la participación ciudadana en cierto ámbito, a discreción absoluta del poder político del Ejecutivo. Tampoco parece lógico positivizar esta preferencia excluyente si, además, se tiene en cuenta que la PTSE es una entidad de derecho privado que se reserva el derecho de admisión, bajo criterios de amplísima discrecionalidad (cfr. art. 9 de sus Estatutos). La amenaza sobre el principio de pluralismo parece evidente.

Desde un punto de vista corporativo, el mecanismo de interlocución bilateral favorece en particular al sector fundacional en su capacidad de incidencia política. No solo por la circunstancia (transitoria en todo caso) de que la AFEX ostenta en estos momentos la presidencia de la PTSE (la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura), sino porque en esta plataforma general, el peso relativo del sector fundacional extremeño es muy superior al que tiene en otras de las redes de sociedad civil, excluidas ahora pero que tomaron parte en el anterior proceso informal multilateral. Por ejemplo, las fundaciones extremeñas tienen un peso mucho menor en la CONGDEX, y prácticamente inexistente en el CJEx.

Por otra parte, la multiplicidad de actores en el diálogo civil también conlleva dos riesgos fundamentales: en primer lugar, que el proceso participativo se diluya entre agentes políticos enfrentados entre sí, replicando fuera de la sede parlamentaria los debates que le son propios. El segundo riesgo

consiste en que determinadas organizaciones sociales, pertenecientes y representadas a través de más de una plataforma, adquieran por la vía de hecho una visibilización institucional desproporcionada, en función del peso de sus criterios y posiciones en más de una plataforma o red coordinadora de entidades sociales. Es decir, que una entidad o sus intereses particulares tengan sobrerepresentación a través de varias plataformas.

Sin embargo, frente a la aparente eficacia del modelo bilateral (PTSEX-Junta de Extremadura), resulta obvio que dicho diálogo civil se limitará, en buena medida, a las cuestiones que alcancen las posibilidades políticas y normativas de la Junta de Extremadura. Por el contrario, un diálogo multilateral que incorporara a los grupos parlamentarios favorecería la posibilidad de abordar cuestiones susceptibles de regulación o reforma legislativa, con mayor probabilidad de incidencia y éxito en contextos de gobiernos en minoría parlamentaria. Es decir, podría alcanzarse una reivindicación de la sociedad civil organizada incluso en contra del criterio del gobierno, por la formación de mayorías parlamentarias puntuales más receptivas a la sociedad civil organizada<sup>6</sup>.

En definitiva, si de lo que se trata con la regulación del diálogo civil es de institucionalizar la incorporación de nuevos agentes participativos (que se sumen a los representativos) en la definición del interés general, a partir de los intereses colectivos y difusos, los poderes públicos podrán favorecer la hetero-composición de intereses de forma más eficiente con una multiplicidad razonable de actores de la sociedad civil. Sobre todo si esta pluralidad de actores obedece a criterios de apertura y flexibilidad, capaz de incorporar realidades emergentes de intereses no particulares (colectivos y difusos)<sup>7</sup>. Por tanto, parece más ajustado a criterios de racionalidad teleológica que la regulación del diálogo civil se enfoque de forma multilateral, tanto del lado de

<sup>6</sup> El ejemplo más reciente lo podemos observar en la aprobación, por parte de la Asamblea de la Comunidad de Madrid, de la nueva Ley del Consejo de la Juventud de la Comunidad de Madrid, aprobada por el Pleno el pasado 15 de junio de 2017, con el voto favorable de todos los grupos parlamentarios, con excepción del Grupo Popular, que sostiene al ejecutivo. Cfr. el Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid, núm. 127, de 22 de junio de 2017.

<sup>7</sup> Para concretar estas ideas a través de un ejemplo real de Extremadura, sirva de referencia la participación en el diálogo civil informal durante 2015 y 2016 de plataformas en formación, como la Plataforma de Infancia de Extremadura, o la Plataforma de Refugiados de Extremadura, que ya tomó parte en el proceso, como portadora de intereses colectivos emergentes y de rabiosa actualidad, antes incluso de la inscripción registral de su personalidad jurídica. Estas dos figuras quedan excluidas (así como los intereses colectivos concretos que ellas portan) del nuevo diálogo civil formalizado entre la Junta de Extremadura y la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura.

las plataformas de sociedad civil, como del lado de la representatividad política institucional. La fórmula multilateral sería preferible, por ello, a pesar de que esta circunstancia (el principio de pluralismo aplicado al diálogo civil) perjudique la influencia relativa del sector fundacional en el composición de intereses generales desde la sociedad civil organizada.

#### **IV. Desafíos del sector fundacional en Extremadura y perspectivas**

En una relación más explícita con el sector fundacional que la anterior reflexión general sobre el diálogo civil, existen dos elementos que deben ser tenidos en consideración para su futuro inmediato en Extremadura. Por un lado, conviene ponderar el peso del sector público en el sector fundacional, tanto en materia de financiación pública y contratos, como en materia de racionalización del sector público fundacional. Por otro lado, puede que corresponda también meditar la vocación expansiva de la legislación básica estatal, ya que puede estar limitando la capacidad del legislador autonómico para adaptar el régimen jurídico de fundaciones en Extremadura a algunas características evidentes de la sociedad regional.

En primer lugar, varias de las fundaciones extremeñas con mayor proyección social están directa o indirectamente respaldadas por el sector público. Sin la concurrencia de la Administración extremeña, mediante el apoyo económico (de forma principal pero no exclusiva), la realidad fundacional extremeña sería más débil, de manera palpable. La inversión pública en el sector fundacional en Extremadura sigue siendo considerable. La Administración extremeña hace uso de diversas herramientas para ejecutar ese apoyo económico, que en todo caso ya fueron abordadas en el Anuario de 2015: 1) subvenciones directas, nominativas o en concurrencia; 2) contratos (sobre todo menores), y 3) transferencias directas por dotación en los presupuestos generales (cfr. Hernández Diez, E., 2016: 318 y ss.).

De todas las fórmulas señaladas, en 2016 se aprecia un incremento de las partidas transferidas al sector fundacional por la vía de subvenciones nominativas o de asignación directa, sin concurrencia competitiva. Esta forma de financiación ha favorecido de manera particular a las fundaciones públicas frente a las fundaciones privadas. Sería conveniente analizar en el futuro próximo las causas de esta preponderancia, y qué papel juega en todo ello la capacidad negociadora de las fundaciones públicas con los propios responsables políticos del sector público. En síntesis, los departamentos de la Junta de Extremadura que más invierten en el sector fundacional (público y privado)

son la Consejería de Sanidad y Política Social, el organismo autónomo Servicio Extremeño de Salud y la Presidencia de la Junta de Extremadura.

Además de lo anterior, hay otros tres planteamientos que la Administración extremeña debería revisar en materia de inversión pública y sector fundacional:

1) La idoneidad de contratar servicios de la Administración extremeña con fundaciones adscritas a (o en cuyos patronatos tiene un peso evidente) dicha Administración. Resulta llamativo que un órgano de contratación de la Junta de Extremadura adjudique un contrato a una entidad adscrita a sí mismo o a otro departamento de la propia Junta. Además, la totalidad de los contratos realizados entre la Administración autonómica y el sector público fundacional son contratos menores de adjudicación directa, sin concurrencia competitiva, desde que constan datos en el Portal de Transparencia (de 2011 hasta 2016). Las únicas fundaciones que han sido adjudicatarias de contratos mayores durante 2016, y por tanto de obligada concurrencia competitiva, son fundaciones privadas. En los contratos menores, casi la mitad (trece de veintiocho), están suscritos entre la Junta de Extremadura y fundaciones vinculadas al sector público.

2) La planificación de determinados servicios públicos contratados en materia de salud. La descentralización territorial por áreas de la contratación del Servicio Extremeño de Salud presumiblemente favorecerá la flexibilidad de la gestión de ciertos contratos, pero resulta significativo que en pocos meses se produzcan hasta cuatro contratos con la misma entidad, con el mismo objeto y con las mismas cuantías. Sería recomendable revisar la idoneidad de la técnica de contratación empleada, puesto que una licitación de contrato mayor podría resultar más eficiente, habida cuenta de que el único contrato con ese mismo objeto realizado con otra entidad ha sido adjudicado por una cuantía significativamente inferior.

3) Las fundaciones públicas, o con participación pública determinante en sus órganos de gobierno, son perceptoras de una elevada cuantía de fondos públicos por la vía de subvenciones, tanto nominativas, como directas o en concurrencia competitiva. Existe una tendencia manifiesta a consolidar la fórmula de las subvenciones nominativas (si atendemos a los datos disponibles) con un número cada vez mayor de entidades del tercer sector, y del sector fundacional en particular. Esta tendencia está justificada en el caso de las plataformas representativas de entidades de la sociedad civil. Parece evidente que estas plataformas desempeñan un papel singular de interlocución con el sector público, y no deben rivalizar, en la obtención de fondos, con sus propias organizaciones miembro en las convocatorias competitivas. Sin embargo,

la expansión excesiva del modelo de subvención nominativa o de asignación directa puede suponer un respaldo público a ciertas entidades, por decisión discrecional del sector público, con una justificación insuficiente. Si se observa el cómputo global, la mayor parte de las subvenciones obtenidas por el sector fundacional en Extremadura llegan por la vía de subvenciones nominativas o directas, sin que el objeto de la financiación parezca justificar en todos los casos, de forma clara, la utilización de esta fórmula jurídica excepcional.

Por otra parte, a finales de 2016, la Junta de Extremadura daba luz verde a la fusión de dos fundaciones públicas extremeñas: la Fundación Academia Europea de Yuste absorbería a la Fundación Centro Extremeño de Estudios y Cooperación con Iberoamérica (CECECI). La operación se ha prolongado hasta 2017, ya que debía contar con la aprobación sucesiva de tres órganos determinantes: la Junta de Extremadura mediante decisión del Consejo de Gobierno, y los Patronatos de ambas entidades, con el visto bueno del Protectorado único ejercido por la propia Junta de Extremadura<sup>8</sup>.

La justificación para la fusión radica en la racionalización del sector público, y en la idoneidad de combinar el binomio Europa-Iberoamérica que representaban ambas fundaciones por separado, según señalan los comunicados de la Junta de Extremadura. La fórmula elegida de la absorción de una a otra se basa en la especial relevancia de la Fundación Academia Europea de Yuste, a raíz de la concesión de los Premios Carlos V, que ha posicionado a esta institución a nivel internacional de manera notable. Por tanto, el resultado de la absorción deriva en la nueva Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste (FAEIY).

Por último, anticipaba *ad supra* una reflexión acerca del alcance de la normativa básica del Estado aplicable al sector fundacional extremeño. Y es que la consideración de legislación básica a diferentes extremos de la regulación sobre fundaciones hace imposible que Extremadura adapte ciertos elementos a su realidad socioeconómica. Si el sector fundacional es, por definición, un conjunto de entidades fruto de la adscripción de un determinado patrimonio a fines de interés general, la capacidad económica de una población concreta condicionará la fortaleza del sector. Es decir: una sociedad con mayor renta per cápita tendrá, presumiblemente, más fondos vinculados a fines de interés general mediante la constitución de fundaciones. Es evi-

<sup>8</sup> Quizá estas medidas sean fruto de un análisis encargado por la Presidencia de la Junta de Extremadura sobre «Servicios especializados para implementar la reestructuración del sector fundacional dependiente de la Presidencia de la Junta de Extremadura», un contrato menor del segundo trimestre de 2016, según consta en el Portal de Transparencia.

dente que influirán siempre otros factores, pero la disposición de patrimonio es un requisito indispensable para crear fundaciones, algo que no sucede en el ámbito asociativo, por ejemplo. Quizá la apuesta por la creación de fundaciones en Extremadura fuera mayor si las exigencias legales de inversión se adecuaran proporcionalmente al nivel de renta de la sociedad extremeña. No existe ninguna garantía al respecto, ni parece plausible que pueda realizarse en Derecho esta posibilidad a corto plazo, debido a la legislación básica estatal vigente. Pero según los datos del Protectorado de Fundaciones de Extremadura (Junta de Extremadura), la gran mayoría de fundaciones extremeñas se crean sin aportar en el momento de la constitución la dotación total necesaria de 30.000 euros, sino que lo hacen a lo largo de los cinco primeros años de funcionamiento, como permite el artículo 12 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. De lo que se puede deducir que puede existir una cierta barrera económica.

De lo que sí existen evidencias es del trato de favor que la legislación autonómica y estatal concede a las fundaciones, en comparación con las asociaciones sin ánimo de lucro, por ejemplo en materia fiscal. Una diferencia de trato que estará más o menos justificada según los casos, pero que refleja que el legislador estatal y autonómico parece preferir la creación de fundaciones con fines de interés general que otro tipo de figuras jurídicas del tercer sector. Sin embargo, existen iniciativas de interés general que se constituyen como figuras asociativas en vez de fundacionales, y no por la diferencia de fondo sobre la base personal de unas y patrimonial de otras, sino por la imposibilidad de garantizar una dotación semejante a la exigida por la Ley. Está claro que la dotación mínima legal pretende precisamente establecer un criterio de discriminación y garantizar una viabilidad básica a las fundaciones de nueva creación. Lo que es cuestionable es que la dotación mínima legal deba ser la misma en todo el territorio del Estado, cuando se producen diferencias de capacidad económica tan significativas de unas regiones a otras. Recordemos, además, que se trata de figuras necesariamente sin ánimo de lucro, según el artículo 2 de la Ley de Fundaciones.

Quizá la exigencia estatal de una dotación mínima esté perjudicando un desarrollo mayor del sector fundacional en Extremadura, al plantear una barrera económica concreta sin atender a la enorme disparidad de la capacidad económica de la sociedad civil de unos u otros territorios del Estado. Así, si el PIB per cápita en España en 2015 era de 23.200 euros, en Extremadura era de 16.166 euros. Si el legislador estatal considera, en una sociedad con la capacidad económica de la española, que debe exigirse una inversión mínima de 30.000 euros, en Extremadura la aplicación del criterio de proporciona-

lidad indicaría que fueran exigibles 20.904,31 euros; aunque podría aplicarse también un criterio de progresividad. En todo caso, estas hipotéticas diferencias de cuantía tampoco parece que distorsionen *per se* los principios elementales de la legislación estatal de fundaciones. Pese a todo, esta posibilidad es inviable mientras no se reforme la Ley estatal, derogando al menos el carácter de legislación básica de los preceptos sobre la dotación mínima legal para constituir nuevas fundaciones.

## V. Conclusiones

En 2016, Extremadura permanece sin legislación general propia en materia de fundaciones, pero el sector público sigue siendo un actor muy destacado, tanto en el ámbito del sostenimiento económico como en el reconocimiento institucional. Sobresale el papel de la Junta de Extremadura como interlocutora y principal valedora de las fundaciones extremeñas, pero ante ella se abren paso nuevas realidades que requieren un análisis detenido sobre la racionalidad e idoneidad de ciertas normas. Cada vez existen más evidencias de la conveniencia de abordar reformas sobre la regulación de la participación de la sociedad civil organizada. Estas reformas parecen oportunas tanto en los órganos consultivos ya existentes (por ejemplo el Consejo Económico y Social), como en la creación de otros pendientes (por ejemplo, el Consejo Extremeño de Ciudadanos). Incluso las regulaciones más recientes, como la de la Mesa del Diálogo Civil en Extremadura, parecen adolecer de contradicciones fundamentales en el papel que se quiere reconocer al sector no lucrativo.

En cualquier caso, desde el punto de vista económico y desde el punto de vista de la interlocución institucional, parece que el sector fundacional extremeño sale beneficiado en los procesos en los que la Junta de Extremadura tiene mayor margen de discrecionalidad, en comparación con otros sectores de la sociedad civil organizada (como las entidades asociativas) y de los procesos en los que se produce una concurrencia competitiva con parámetros más estrictos. De lo que puede deducirse, en conclusión, una apuesta clara del sector público autonómico por el sector fundacional, como herramienta privilegiada de canalización de la participación social.

A corto y medio plazo, la Administración extremeña tiene sobre la mesa el desafío de identificar mejor, a los efectos de publicidad y seguridad jurídica, qué fundaciones actúan en Extremadura sin rendir cuentas al Protectorado autonómico, y cómo reactivar o liquidar las fundaciones inactivas. También sería conveniente realizar un análisis de idoneidad sobre las técnicas

jurídicas empleadas para la financiación pública de las fundaciones en Extremadura.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, V. J. y HERNÁNDEZ DIEZ, E. (2016), «Los efectos del proceso de reforma de las administraciones públicas sobre la ordenación jurídica de la participación juvenil», *Cuadernos de Investigación en Juventud*, 1, 1-26.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2014), «Diálogo Social», en BAYLOS GRAU, A. et al. (ed.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanc.
- DE CASTRO SANZ, M. (coord.) et al. (2010), «Las relaciones entre el Tercer Sector y los poderes públicos», *Cuadernos de debate*, 7, VII Foro Tercer Sector, Madrid, Fundación Luis Vives.
- DE LORENZO GARCÍA, R. (2013), «La Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector: una novedad en el panorama español», *Revista Española del Tercer Sector*, 25, 203-212.
- HERNÁNDEZ DIEZ, E. (2016), «El sector fundacional en Extremadura durante 2015», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2015*, 1, 307-324.
- MUÑOZ MACHADO, S. et al. (2002), *Las estructuras de bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Civitas-Escuela Libre Editorial.
- REY GARCÍA, M., et al. (2011), *El sector fundacional español. Datos básicos*, Madrid, Asociación Española de Fundaciones.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1980), *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.



# **Las fundaciones en la Comunidad Autónoma de Galicia**

*Javier Ferreira Fernández*

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Catedrático acreditado)  
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO (LRJSP) Y SU INCIDENCIA EN LA LEY 16/2010, DE 17 DE DICIEMBRE, DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL Y DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO DE GALICIA (LOFAXGA).—III. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA.—IV. ALTAS Y BAJAS EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO.

## **I. Introducción**

Desde la publicación del Anuario de Derecho de Fundaciones 2014, hasta el cierre de la presente edición, no ha habido en Galicia novedad legislativa alguna.

Ni las sugerencias formuladas en su día por el Consello da Cultura Gallega, ni los cambios normativos operados por el legislador estatal a través de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), han animado al legislador gallego a introducir las reformas necesarias tanto para modernizar el sector fundacional (tal y como advertimos en la edición del Anuario de 2012) como para adecuarlo a las previsiones de obligado cumplimiento contenidas en la LRJSP, a las que me referiré seguidamente.

Así pues el discurrir jurídico del sector fundacional gallego ha sido un tanto anodino, siendo de destacar, como se expondrá seguidamente, algunos pronunciamientos judiciales en materia de personal y un cierto repunte en la creación de fundaciones de interés gallego.

Es más, si en el Anuario 2014 dimos cuenta del importante impulso que el gobierno gallego había dado a la necesaria reordenación del sector público fundacional (pasando de 69 fundaciones públicas del año 2009 a las 19 del 2015), lo cierto es que entre el año 2015 y el año 2017 no se ha producido cambio significativo alguno. En el momento de escribir estas líneas en

el Inventario de Entidades del Sector público figuran las mismas fundaciones públicas autonómicas que hace dos años. Lo grave es que en esos dos años ni tan siquiera ha habido la preocupación por determinar la adscripción de 13 fundaciones que figuran en el Inventario de la Comunidad gallega, pero que aparecen como «unidad pendiente de clasificación», es decir, sin adscribir a una administración concreta, lo que supone mantener a estos entes en un limbo jurídico en absoluto recomendable.

Teniendo en cuenta lo anterior, en esta edición daremos cuenta del impacto que ha tenido la aprobación de la LRJSP en la normativa fundacional gallega, así como de las principales novedades jurisprudenciales y de las altas y bajas en el Registro de fundaciones de interés gallego.

## **II. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y su incidencia en la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia (LOFAXGA)**

Hasta la aprobación de la LRJSP, las fundaciones públicas carecían de una regulación general y básica en España. Fueron, pues, los legisladores autonómicos, los que, en ejercicio de su competencia en materia de autoorganización, regularon con mayor o menor fortuna estos entes. De la regulación gallega di cumplida cuenta en el Anuario 2011. Es así como, tras diversas regulaciones parciales, la LOFAXGA estableció una regulación completa de este tipo de entes para Galicia.

Uno de los principales problemas que en el ámbito de la administración instrumental ha planteado la ausencia de normas básicas ha sido el de la determinación de la administración de adscripción de los entes instrumentales cuando gestionan intereses comunes a diversos niveles de administración. Es decir, en el caso de una Fundación en la que, bien sea porque en sus órganos de gobierno participan diversas administraciones, bien sea porque las aportaciones fundacionales o su financiación dependen de distintas administraciones, confluyen intereses comunes a diversos niveles administraciones, ¿a quién se debe adscribir? o, lo que es lo mismo, ¿qué administración ha de ejercer su protectorado? y ¿cuáles serán las normas de aplicación a su funcionamiento? La cuestión resulta singularmente compleja cuando no existe una regulación uniforme por parte de las administraciones participantes. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de una fundación participada por dos administraciones autonómicas, en la que una de ellas establece como criterio para la adscripción

ción el de la participación mayoritaria en los órganos de gobierno y, la otra, el criterio de la financiación en más de un cincuenta por ciento de su actividad ordinaria. ¿A quién se debería adscribir la fundación si quien la financia en más de un cincuenta por ciento no es la administración que dispone de la mayoría de patrones? No se trata de una mera elucubración doctrinal, sino de una realidad diaria que tiene como consecuencia que cuando acudimos al inventario de Entidades del Sector Público para determinar la adscripción de las fundaciones públicas, en muchos casos nos encontramos, como ya dijimos, que se encuentran «pendientes de clasificación».

Se trata, por lo demás, de un problema común a todos los entes instrumentales (consorcios, sociedades...) en los que, como dije, confluyen intereses de diversos niveles administrativos.

Sin entrar a hacer una valoración global del paquete normativo aprobado por las Cortes en octubre de 2015, lo cierto es que con la aprobación la LRJSP se ha venido a dar una solución cabal a este problema. No es desde luego el objeto de estas páginas analizar en profundidad la regulación que hace la LRJSP de las Fundaciones Públicas, sino limitarme a dar cuenta somera de la misma y singularmente de su incidencia en la legislación gallega.

El artículo 81.3 de la LRJSP establece que «los organismos y entidades vinculados o dependientes de la Administración autonómica y local se regirán por las disposiciones básicas de esta ley que les resulten de aplicación, y en particular, por lo dispuesto en los Capítulos I y VI y en los artículos 129 y 134, así como por la normativa propia de la Administración a la que se adscriban». De acuerdo con lo aquí previsto, y al margen de las previsiones generales básicas de aplicación a las fundaciones (principios generales de actuación fundamentalmente), son de aplicación a todas las fundaciones del sector público y, en consecuencia, a las fundaciones del sector público autonómico gallego las siguientes previsiones:

- a) Los artículos 82 y 83, que regulan el funcionamiento y la inscripción de las Fundaciones en el inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local. Se trata de una regulación que no colisiona con lo previsto en la LOFAXGA y que, por tanto, en modo alguno exige una adaptación normativa de la misma.
- b) El artículo 134, que regula el protectorado de las Fundaciones y que tampoco supone una especial novedad respecto de lo establecido en el artículo 115.2 de la LOFAXGA.
- c) El artículo 129, que hemos dejado para el final por su especial incidencia en la LOFAXGA, y que analizaremos seguidamente.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 113 de la LOFAXGA, la adscripción de las fundaciones públicas a la administración autonómica se dará cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que se constituyan, directa o indirectamente, con una aportación mayoritaria o exclusiva de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y/o de las entidades integrantes del sector público autonómico. b) Que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes y derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. c) Que sus ingresos provengan mayoritariamente de los presupuestos de la Comunidad Autónoma siempre que, en este caso, se posea la mayoría o se ejerza control análogo sobre sus órganos de gobierno y dirección.

Además, en la constitución, así como en la adquisición del carácter de fundación del sector público autonómico de una fundación preexistente, será necesario que la designación de la mayoría de los miembros del patronato corresponda a la Administración pública autonómica.

En definitiva, la adscripción vendría determinada por la concurrencia de cualquiera de las circunstancias mencionadas, sin preferencia por ninguna de ellas. En todo caso, si concurriese alguna circunstancia, se debería garantizar que la administración autonómica designase a la mayoría de patronos. Es decir, la adscripción definitiva a la administración autonómica no se produciría por el mero hecho de la concurrencia de las circunstancias, sino por la reforma estatutaria que garantizase que la mayoría de los patronos fuesen designados por la Xunta.

La LOFAXGA no regulaba, sin embargo, en qué momento habría que determinar la concurrencia de las circunstancias mencionadas (si al inicio de un ejercicio o en cualquier otro momento), lo que introducía un factor de inseguridad, sobre todo en el supuesto c). La ley tampoco regulaba un plazo para la modificación estatutaria para el supuesto de que una fundación pasase a depender de la administración autonómica. Pero lo que es más relevante, la LOFAXGA establecía unos criterios que podían perfectamente colisionar con los establecidos por otras administraciones tal y como ya dije.

Con el fin de acabar con esta situación, el artículo 129 de la LRJSP ha regulado de forma detallada el régimen de adscripción de las Fundaciones del sector público en general.

En primer lugar establece, con el fin de dotar de una cierta seguridad jurídica el régimen de adscripción, que el mismo debe figurar obligatoriamente en los estatutos de cada fundación. Por tanto, toda fundación pública

debe proceder, en el caso de que no se prevea, a la modificación de sus estatutos para adaptarse a lo previsto en la LRJSP.

Para la determinación del régimen de adscripción la Ley establece unos criterios ordenados por prioridad en su aplicación; así, la fundación del sector público quedará adscrita a la Administración Pública que:

- a) Disponga de mayoría de patronos.
- b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
- c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
- d) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del patronato.
- e) Financie en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por la fundación, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.
- f) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.

En todo caso, la adscripción lo será por un ejercicio presupuestario completo (aunque cambie la situación a lo largo del mismo), teniendo en cuenta la situación en el primer día del ejercicio presupuestario. Consecuencia de lo anterior se prevé que el cambio de adscripción a una Administración Pública, cualquiera que fuere su causa, conllevará la modificación de los estatutos, que deberá realizarse en un plazo no superior a tres meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquél en que se produjo el cambio de adscripción.

Por último, en el supuesto de que participen en la fundación entidades privadas sin ánimo de lucro, la fundación del sector público estará adscrita a la Administración que resulte de acuerdo con los criterios a los que me referí.

Como se puede comprobar, se trata de una regulación sustancialmente más precisa que la contenida en la LOFAXGA que, dado su carácter básico y su naturaleza de *ius cogens*, es de directa aplicación a las fundaciones del sector público gallego. No obstante y con el fin de evitar controversias innecesarias, la LRJSP estableció, en su disposición final decimoséptima, que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, se deberán adecuar a la misma las normas estatales o autonómicas que sean incompatibles con lo previsto en ella. Dicho plazo vence el 2 de octubre de 2017, por lo

que el legislador gallego debiera proceder, antes de esa fecha, a la preceptiva modificación de la LOFAXGA, tanto en lo relativo a las fundaciones como en todas aquellas previsiones que puedan entrar en contradicción con la LRJSP.

En definitiva, a la administración autonómica gallega le corresponde ahora tomar la iniciativa para adaptar sus previsiones normativas a las de la LRJSP, así como para proceder a la determinación de qué fundaciones deben adscribirse a ella, modificar sus estatutos cuando sea necesario y proceder a la inscripción de las mismas en el inventario de Entidades del Sector Público. Esperemos que el año que viene podamos dar cuenta de dichas novedades.

### III. Selección de Jurisprudencia

En el período analizado (junio 2015-agosto 2017) ha habido un elevado número de pronunciamientos por parte de los tribunales gallegos que afectan a fundaciones. No obstante, en este apartado sólo daré cuenta de aquellas sentencias cuyo contenido afecta directamente a la naturaleza fundacional del ente o a la normativa en materia de fundaciones. En definitiva, no haremos mención a aquellas sentencias en las que el objeto de la *litis* poco o nada tiene que ver con la naturaleza fundacional de los sujetos afectados o con su normativa específica de aplicación.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), número 520/2015, de 7 de octubre, se vuelve a abordar la cuestión de la competencia para emitir, denegar y calificar las inscripciones en el registro de fundaciones de interés gallego. Se trata de una cuestión ya abordada por la Sala en la Sentencia 16/2015, de 21 de enero y analizada en el Anuario de Fundaciones del 2014. La novedad es que en este caso la demandante (una fundación religiosa), además de reiterar absurdamente todos y cada uno de los argumentos ya tratados en la anterior sentencia, solicita a la Administración autonómica que se abra expediente disciplinario a los funcionarios responsables del registro, petición que no recibió respuesta por parte de dicha administración. Ese silencio es pues el objeto de este nuevo recurso.

El Tribunal entiende que no cabe estimar dicho recurso teniendo en cuenta la «inviabilidad procesal de la acción jurisdiccional ejercitada, por cuanto no existe potestad o atribución alguna a los denunciantes para que se les deba considerar legitimados a efectos de poder interponer el recurso contencioso-administrativo, confiriéndoles la que no se deriva de la genérica

aplicación del artículo 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional de 1956 (y actualmente del art. 19 de la nueva Ley Jurisdiccional de 1998).

En el presente caso, -sigue diciendo la Sala- la función del denunciante culmina siempre al poner en la Administración Pública, el conocimiento de determinados hechos, la denominada *notitia criminis*. Es la misma Administración Pública quien, al ostentar la potestad disciplinaria, podrá incoar o no, un expediente disciplinario. Lo que no puede hacer el denunciante es continuar la persecución de los funcionarios denunciados, como si dicha potestad sancionadora le perteneciese a él. Después de la mencionada denuncia, ya no existe espacio procesal para el denunciante, quien no tiene la más mínima capacidad procesal ni tampoco legitimación para pretender conseguir una declaración judicial de condena a la Administración Pública para que incoe un expediente disciplinario a las funcionarias denunciadas precisamente por la parte actora» (FJ 7).

Singular interés reviste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.<sup>a</sup>), número 597/2016 de 26 enero. Como es bien sabido las subvenciones son una de las principales fuentes de ingreso de las Fundaciones. La cuestión litigiosa en este caso versa sobre la pertinencia de proceder al despido objetivo de un trabajador de una fundación cuyo contrato se encuentra vinculado a una subvención pública (subvención nominativa directa) que se viene concediendo a lo largo de 5 años (2008-2013) pero que finaliza en el ejercicio 2014.

El Tribunal consideró ajustado a derecho el despido con base en las siguientes consideraciones. «El artículo 52.e) del ET prevé la extinción contractual por causas objetivas en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate. Esta causa fue incluida por la Ley 12/01 y, según sus propios términos, la extinción contractual cabe cuando tenga lugar la “insuficiencia” de la correspondiente consignación presupuestaria para el mantenimiento del puesto de que se trate. Este precepto ha sido aplicado por la doctrina jurisprudencial igualmente a los supuestos de contrataciones temporales declaradas indefinidas por la jurisdicción social (STS de 21 de enero de 2008. Rec. 454/2007).

Por otro lado, el artículo 52. c) del mismo Estatuto, establece que: el contrato podrá extinguirse cuando concurra alguna de las causas previstas en

el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Y en el presente caso, no hay duda de que la Fundación demandada ha acreditado la concurrencia de causas económicas y productivas, al declararse probado por la sentencia recurrida la extinción del convenio de colaboración que la Entidad demandada FSG, tenía firmado con el Ayuntamiento de A Coruña, y al amparo del cual se había contratado al actor. Por tanto, la extinción contractual cabe cuando tenga lugar la “insuficiencia” de la correspondiente consignación presupuestaria para el mantenimiento del puesto de que se trate, lo que así sucede al haberse suprimido la consignación presupuestaria que aportaba el Ayuntamiento de esta Capital. Por consiguiente, al no disponer la Fundación demandada de partida presupuestaria suficiente para atender los gastos de personal, el cese del actor aparece suficientemente justificado y la amortización acordada por el FSG debe reputarse correcta y ajustada a derecho, al concurrir causa objetiva para extinguir su contrato, pudiendo apreciarse la razonabilidad de la decisión extintiva a la vista de la finalidad perseguida, acorde con la normativa legal; sin que haya resultado probado que el FSG hubiera contratado a otras personas para prestar servicios en el Programa de erradicación del chabolismo en el que trabajaba el actor, y sin que conste tampoco que hubiese sido ocupado en otro proyecto distinto. La conclusión final ha de ser la desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia».

Por último, cabe destacar una serie de sentencias que abordan el espinoso proceso de integración del personal procedente de fundaciones públicas en el seno de la administración autonómica gallega, en el marco del proceso de reordenación de la administración instrumental gallega. Se trata de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2124/2017, de 11 de abril, 3347/2015, de 12 de junio y la 2097/2017, de 12 de abril. En todos los casos la cuestión objeto de recurso es la siguiente: los demandantes son trabajadores de fundaciones comarcas que se integraron voluntariamente en la Axencia Galega de Desenvolvemento Rural (AGADER). Una vez integrados presentan demanda por la que solicitan que se les reconozcan la categoría laboral y las retribuciones que venían percibiendo en las fundaciones

comarcas y que son substancialmente superiores a las previstas en el Convenio Colectivo de aplicación al personal de AGADER. Se trata de una cuestión objeto de controversia en todos los procesos de reordenación institucional y que, en gran medida, condiciona su éxito o fracaso, pues no debe olvidarse que la cuestión del personal es, quizás, la de más compleja resolución por su relevancia económica.

El Tribunal, en los pronunciamientos citados, ha desestimado las pretensiones de los demandantes de acuerdo con los siguientes razonamientos:

«TERCERO: El artículo 16, apartado tres, de la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de Galicia, faculta al Consello de la Xunta a extinguir las fundaciones para el desarrollo de las comarcas por imposibilidad de realizar el fin fundacional, y, a los expuestos efectos y en lo que aquí interesa, se establece que “el personal que, a la entrada en vigor de la presente Ley, preste sus servicios en las fundaciones para el desarrollo de las comarcas bajo una modalidad de contrato laboral indefinido y fuese seleccionado bajo los principios de publicidad, mérito y capacidad... tendrá la opción de integrarse y pasar a prestar servicios, bajo la misma modalidad contractual y en la misma categoría profesional, en cualquiera de los órganos o entidades públicas adscritos o con participación mayoritaria de la consejería competente en materia de medio rural, según lo previsto en el apartado siete de este artículo”, agregando que “el ejercicio de la opción por la integración del personal de las fundaciones llevará consigo la aceptación de las condiciones laborales y retributivas vigentes para cada categoría en el organismo, sociedad o ente al que finalmente quede adscrito, sin vinculación alguna a las condiciones que con anterioridad hubiese tenido en la fundaciónque se extinga”. A su vez, el más arriba citado apartado siete establece que “la aplicación del convenio colectivo de la Xunta de Galicia al personal al que se (refiere el apartado tres)... de este artículo podrá regularse mediante acuerdo del Consello de la Xunta”.

Desarrollando esta normativa legal, el Consello de la Xunta adoptó el Acuerdo de 3 de junio de 2011 por el que se establece la forma de cumplimiento del ejercicio de la opción de integración del personal procedente de las fundacionesde desarrollo comarcal en las entidades instrumentales del sector público autonómico competentes en materia de medio rural. Por su lado, el Consello de Dirección de AGADER adoptó los Acuerdos de 22 de junio de 2011 y de 5 de julio de 2011 sobre modificación del sistema de clasificación y valoración de puestos de trabajo en AGADER. Todos estos Acuerdos han sido declarados nulos en Sentencias de la Jurisdicción Contencioso administrativa. CUARTO: A la vista de este panorama nor-

mativo, el planteamiento del recurrente de ser encuadrado en la categoría de TECNICO I, con su correspondiente salario, existente en el cuadro de personal vigente con anterioridad al proceso de integración, argumentando al respecto que los acuerdos dirigidos a realizar esa integración han sido anulados judicialmente, es un planteamiento frontalmente contrario a la normativa legal en la cual se sustenta ese proceso de integración en la cual claramente se establece —como más arriba ya se ha transcritó— que “el ejercicio de la opción por la integración del personal de las fundaciones llevará consigo la aceptación de las condiciones laborales y retributivas vigentes para cada categoría en el organismo, sociedad o ente al que finalmente quede adscrito, sin vinculación alguna a las condiciones que con anterioridad hubiese tenido en la fundación que se extinga”. Y adicionalmente también desconoce que esa integración no puede violentar los términos establecidos en el Convenio Colectivo Único del personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia, de ahí que la norma —y según también antes se ha transcritó— se refiera a “la aplicación del convenio colectivo de la Xunta de Galicia al personal al que se (refiere el apartado tres)”. Todo lo cual nos conduce a que, por aplicación de las normas legales amparadoras del proceso de integración, el trabajador demandante, ahora recurrente, no puede pretender el encuadramiento en una categoría que no existe como tal en el Convenio Colectivo Único del personal laboral de la Xunta de Galicia, ni una retribución superior a la que se corresponde con la categoría equivalente establecida en ese Convenio Colectivo Único, lo que, en última instancia, supondría engendrar una desigualdad con los demás trabajadores y trabajadoras de la Xunta de Galicia de esa categoría profesional».

#### **IV. Altas y bajas en el Registro de Fundaciones de interés gallego**

La falta de publicidad del Registro de fundaciones de interés gallego impide acudir a esta fuente para conocer cuál ha sido el devenir de la vida de las fundaciones gallegas. Como ya he puesto de manifiesto en otras ediciones del Anuario de Fundaciones, es sabido que son muchas las fundaciones inscritas que carecen de vida alguna, pero que no son objeto de baja en el registro por las más diversas circunstancias (desaparición de patronos, razones fiscales, pura desidia). No obstante, un repaso al Diario Oficial de Galicia nos permite acercarnos, siquiera sea indicariamente, al estado de salud del sector fundacional gallego observando cuál es la relación de altas y bajas en el Registro de fundaciones. De dicho repaso, del que daré cuenta de inmediato, se puede concluir que dicha salud parece haber mejorado, habida cuenta del

elevado número de altas producidas en el período analizado en relación con el período anterior.

Desde febrero de 2015 hasta julio de 2017 se han producido las siguientes *altas* en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego:

- Fundación Fonte (Resolución de 19 de marzo de 2015, publicada en el DOG n.º 66, de 9 de abril de 2015).
- Fundación Abrente (Resolución de 10 de marzo de 2015, publicada en el DOG n.º 66, de 9 de abril de 2015).
- Fundación Clínica Pardiñas (Resolución de 7 de abril de 2015, publicada en el DOG n.º 79, de 28 de abril de 2015).
- Fundación Eira (Resolución de 22 de abril de 2015, publicada en el DOG n.º 81, de 30 de abril de 2015).
- Fundación Digital Bible (Resolución de 18 de junio de 2015, publicada en el DOG n.º 123, de 2 de julio de 2015).
- Fundación Filosofía de la Ciencia y Tecnología (Resolución de 25 de junio de 2015, publicada en el DOG n.º 126, de 7 de julio de 2015).
- Fundación Caritas Diocesana Santiago de Compostela (Resolución de 24 de septiembre de 2015, publicada en el DOG n.º 189, de 2 de octubre de 2015).
- Fundación Museo Etnográfico Monte Caxado (Resolución de 23 de octubre de 2015, publicada en el DOG n.º 213, de 9 de noviembre de 2015).
- Fundación Artiaga (Resolución de 10 de noviembre de 2015, publicada en el DOG n.º 223 de 23 de noviembre de 2015).
- Fundación Instituto Médico Quirúrgico San Rafael (Resolución de 10 de diciembre de 2015, publicada en el DOG n.º 242, de 21 de diciembre de 2015).
- Fundación Educativa Lar (Resolución de 22 de diciembre de 2015, publicada en el DOG n.º 2, de 5 de enero de 2016).
- Fundación Elisa Abalo (Resolución de 11 de enero de 2016, publicada en el DOG n.º 13, de 21 de enero de 2016).
- Fundación Euseino? (Resolución de 8 de febrero de 2016, publicada en el DOG n.º 40, de 29 de febrero de 2016).
- Fundación Escoita (Resolución de 9 de marzo de 2016, publicada en el DOG n.º 53, de 17 de marzo de 2016).

- Fundación Centro de Investigación en Tecnoloxías da Información e as Comunicacións de Galicia (Resolución de 29 de marzo de 2016, publicada en el DOG n.º 66, de 7 de abril de 2016).
- Fundación Educativa e Social Dignidade (Resolución de 5 de abril de 2016, publicada en el DOG n.º 71, de 14 de abril de 2016).
- Fundación Centro de Innovación Aeroespacial de Galicia (Resolución de 26 de abril de 2016, publicada no DOG n.º 86, de 6 de mayo de 2016).
- Fundación Kertor (Resolución de 11 de julio de 2016, publicada en el DOG n.º 141, de 27 de julio de 2016).
- Fundación Venancio Salcines (Resolución de 18 de agosto de 2016, publicada en el DOG n.º 161, de 26 de agosto de 2016).
- Fundación Neuroburgas Dano Neurolóxico (Resolución de 14 de septiembre de 2016, publicada en el DOG n.º 183, de 26 de septiembre de 2016).
- Fundación Coruña Biomedical Institute (Resolución de 17 de octubre de 2016, publicada en el DOG n.º 207, de 31 de octubre de 2016).
- Fundación Anxos (Resolución de 25 de octubre de 2016, publicada en el DOG n.º 211, de 7 de noviembre de 2016).
- Fundación Hermanos Rey Gómez Guitián (Resolución de 12 de enero de 2017, publicada en el DOG n.º 16, de 24 de enero de 2017).
- Fundación Albeiro (Resolución de 12 de enero de 2017, publicada en el DOG n.º 16, de 24 de enero de 2017).
- Fundación Pablo Beiro (Resolución de 8 de marzo de 2017, publicada en el DOG n.º 56, de 21 de marzo de 2017).
- Fundación Dr. Severiano Campos (Resolución de 15 de marzo de 2017, publicada en el DOG n.º 60, de 27 de marzo de 2017).
- Fundación Carlos Velo (Resolución de 10 de abril de 2017, publicada en el DOG n.º 79, de 25 de abril de 2017).
- Fundación Hijas (Resolución de 17 de abril de 2017, publicada en el DOG n.º 81, de 27 de abril de 2017).
- Fundación Andante (Resolución de 28 de abril de 2017, publicada en el DOG n.º 90, de 11 de mayo de 2017).
- Fundación Dardo Instituto do Deseño e das Artes Contemporáneas (DIDAC) (Resolución de 19 de mayo de 2017, publicada en el DOG n.º 102, de 31 de mayo de 2017).

—Fundación Real Club Deportivo de La Coruña, S.A.D. (Resolución de 1 de junio de 2017, publicada en el DOG n.º 113, de 15 de junio de 2017).

Asimismo, en el 2017 se ha producido el alta de la Fundación Orden del Camino de Santiago, a través de su inscripción en el Registro de Entidades de Promoción del Camino de Santiago (Resolución de 19 de mayo de 2017, publicada en el DOG n.º 106, de 6 de junio de 2017).

Finalmente, en este mismo período se han producido las siguientes *bajas* en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego:

—Fundación para o Fomento da Calidade Industrial e o Desenvolvemento Tecnolóxico de Galicia (Orden de 15 de diciembre de 2014, publicada en el DOG n.º 9 de 15 de enero de 2015).

—Fundación Jualián Francisco Suárez Freire (Orden de 22 de junio de 2015, publicada en el DOG n.º 125, de 6 de julio de 2015).

—Fundación Gaias-Cidade da Cultura (Orden de 19 de agosto de 2015, publicada en el DOG n.º 164, de 28 de agosto de 2015).

—Fundación Pontetec (Orden de 24 de septiembre de 2015, publicada en el DOG n.º 207, de 29 de octubre de 2015).

—Fundación Vigo-Sida (Orden de 13 de abril de 2016, publicada en el DOG n.º 81, publicada el 28 de abril de 2016).

—Fundación Hespérides (Orden de 3 de octubre de 2016, publicada en el DOG n.º 195, de 13 de octubre de 2016).

—Fundación Pablo Borreguero Sanmartín (Orden de 20 de febrero de 2017, publicada en el DOG n.º 49, de 10 de marzo de 2017).

—Fundación Santa María Nai (Orden de 16 de marzo de 2017, publicada en el DOG n.º 60, de 27 de marzo de 2017).

—Fundación Madre Trinidad (Orden de 8 de mayo de 2017, publicada en el DOG n.º 95, de 19 de mayo de 2017).



# **Algunas cuestiones relevantes en materia de fundaciones públicas y del sector público instrumental en las Islas Baleares**

*Joana M. Socias Camacho*

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de las Islas Baleares

*Vicente Juan Calafell Ferrá*

Profesor Asociado de Derecho Constitucional  
Universidad de las Islas Baleares

**SUMARIO:** I. EL PROYECTO DE REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR INSTRUMENTAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES DESDE SU CREACIÓN EN 2011 HASTA 2017. EN ESPECIAL, LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICAS.—II. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS Y DEL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL DE LAS ISLAS BALEARES.

## **I. El proyecto de reestructuración del sector instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares desde su creación en 2011 hasta 2017. En especial, las fundaciones del sector público autonómicas**

En julio de 2015, en el inicio de la IX legislatura, la nueva Presidenta de las Islas Baleares determinó la composición del Gobierno y estableció una nueva estructura de la Administración de la Comunidad Autónoma, mediante el Decreto 8/2015, de 2 de julio. Posteriormente, el Decreto 24/2015, de 7 de agosto, de la Presidencia, concretó las competencias y la nueva estructura orgánica básica de las consejerías de la Administración de la Comunidad, otorgándose el control presupuestario y la tutela de los entes integrantes del sector público instrumental autonómico a la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas. La nueva estructura orgánica hizo necesario modificar el entonces vigente Decreto 93/2011, de 2 de septiembre, mediante el cual en la legislatura anterior el Gobierno de las Islas Baleares había creado la Comisión de Análisis y Propuesta de Reestructuración del Sector Público Instrumental, modificación que supuso la adscripción de dicha comisión a la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas (Decreto 21/2016, de 22 de abril, de modificación del Decreto 93/2011, de 2 de septiembre).

Sin embargo, la modificación del Decreto 93/2011, de 2 de septiembre, tuvo un tiempo de vida muy breve, ya que unos pocos meses más tarde el Gobierno derogó dicha norma, motivado por la entrada en vigor el 2 de octubre de 2016 del artículo 81.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que determina que todas las administraciones públicas tienen que establecer un sistema de supervisión continua de sus entes dependientes, para comprobar si subsisten los motivos que justificaron su creación y si se sostienen financieramente. Este sistema tiene que incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción. Con el objetivo de acometer este nuevo sistema de supervisión, mediante el Decreto 40/2016, de 15 de julio, se cambia de la denominación de la Comisión existente, pasándose a denominar Comisión de Supervisión, Análisis y Propuesta de Reestructuración del Sector Público Instrumental de la Comunidad Autónoma, se redefinen sus funciones y se configura como el instrumento de supervisión continua de los entes integrantes del sector público instrumental autonómico, aunque sin solución de continuidad respecto de la antigua Comisión de la Comunidad Autónoma.

Como sabemos —porque así lo explicamos en las crónicas precedentes de este Anuario de 2014, 2013 y 2012, a las que nos remitimos—, el proceso de reordenación del sector público se inició en las Islas Baleares a partir del mandato legal de la Disposición transitoria primera de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuyo cumplimiento se llevó a cabo mediante la aprobación del citado Decreto 93/2011, de 2 de septiembre. De forma paralela, la Disposición adicional quinta de la mencionada Ley 7/2010 instó al Gobierno balear a establecer reglamentariamente un cuadro o mapa del sector público instrumental que agrupase 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<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Posteriormente, la Disposición Adicional Octava de la Ley 9/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el año 2012, autorizó «al Gobierno de las Islas Baleares para que, con carácter general, realice todas las actuaciones que sean precisas, normativas y de ejecución, con el fin de racionalizar y reducir el conjunto de entes instrumentales de la comunidad autónoma de las Islas Baleares, por medio de las operaciones de reestructuración que resulten de las previsiones a que hace re-

La labor de la Comisión de Análisis y Propuesta de Reestructuración del Sector Público Instrumental culminó con la aprobación de un ambicioso Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares, dividido en tres fases y concretado mediante siete Acuerdos del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, cuyo repaso fue analizado en las crónicas precedentes de este Anuario de 2014 y 2013 —a las que nos remitimos<sup>2</sup>.

Por lo que a las fundaciones del sector público se refiere, la realización de la primera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental (Acuerdo de 13 de abril de 2012) supuso una importante remodelación y reducción de las mismas en diversos ámbitos (salud, innovación y tecnología, socio-sanitario, asistencial y social, investigación sanitaria, deporte y turismo). La segunda fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares (Acuerdo de 29 de junio de 2012) afectó el ámbito funcional de la cooperación y fomento al exterior. Y la tercera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental (Acuerdos de 16 de noviembre 2012, de 30 de noviembre de 2012, de 10 de mayo de 2013, de 25 de octubre de 2013 y de 5 de diciembre de 2014) supuso algunos cambios importantes en el sector instrumental, pero sólo dos operaciones de las varias previstas afectaron a las fundaciones del sector público, refiriéndose el resto a operaciones de extinción de sociedades públicas y su transformación en entidades públicas empresariales, de extinción

---

ferencia la disposición transitoria primera de la Ley 7/2010, incluidas las transformaciones, las extinciones, las fusiones y las integraciones, en todo o en parte, en otros entes instrumentales o en la Administración de la comunidad autónoma de las Islas Baleares».

<sup>2</sup> Los siete Acuerdos son: 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 Baleares; 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 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; y g) el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 5 de diciembre de 2014, por el que se aprueban modificaciones puntuales de la tercera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares.

de entidades públicas, así como también de extinción de consorcios. En definitiva, en 2014 había 10 fundaciones, con la previsión de que en el futuro se crease una más (Fundación para la música Orquesta sinfónica).

La relación de las fundaciones del sector público autonómicas existentes en la actualidad en Baleares (11, en total) la podemos encontrar en la Ley 18/2016, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el año 2017:

- Fundación para el Deporte Balear.
- Fundación para el Conservatorio Superior de Música y Danza de las Islas Baleares.
- Fundación Instituto Socioeducativo s'Estel.
- Fundación Robert Graves.
- Fundación Teatro Principal de Inca.
- Fundación Banco de Sangre y Tejidos de las Islas Baleares.
- Fundación para la Escuela Superior de Arte Dramático de las Islas Baleares.
- Fundación de Investigación Sanitaria Ramón Llull.
- Fundación Atención y Apoyo a la Dependencia y Promoción Autonomía Personal.
- Fundación Santuario de Lluc.
- Fundación Balear de Innovación y Tecnológica.

Vemos como entre 2015 y 2016 apenas se ha producido ninguna variación en relación con el número de fundaciones del sector público autonómico si lo comparamos con la situación de 2014, analizada en la crónica correspondiente de este Anuario, destacándose la reaparición de la Fundación Atención y Apoyo a la Dependencia y Promoción Autonomía Personal<sup>3</sup> y la no creación, a diferencia de lo que se previó en 2014, de la Fundación para la mu-

<sup>3</sup> Según la previsión de la primera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental (Acuerdo de 13 de abril de 2012), en el ámbito funcional socio-sanitario, asistencial y social, se acordó 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 completase el procedimiento de absorción, se acordó también que la Fundación continuase desarrollando las actividades propias de su objeto y finalidades, y que una vez completado todo el procedimiento el Consorcio se iba a subrogar en todos los derechos y obligaciones y en todas las relaciones jurídicas de la Fundación extinguida. Esta operación estaba prevista en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de julio de 2012 (BOIB de

sica Orquesta sinfónica, que finalmente se ha constituido como Consorcio para la música de las Islas Baleares «Orquesta sinfónica Ciutat de Palma». No parece, además, que la actual nómina de fundaciones públicas autonómicas de las Islas Baleares vaya a sufrir grandes cambios en el futuro inmediato, pues la única previsión del Gobierno al respecto —según su respuesta, en octubre de 2016, a una pregunta parlamentaria sobre los entes del sector público instrumental que tiene previsto eliminar— es la desaparición, por integración, de la Fundación del Conservatorio Superior de Música y de la Fundación para la Escuela Superior de Arte Dramático<sup>4</sup>.

Por otro lado, la reestructuración del sector público instrumental de las Islas Baleares ha vuelto a ser, durante 2016, objeto de controversia entre el Gobierno y la oposición, que ha presentado diversas iniciativas parlamentarias sobre la cuestión. La más destacada es, sin duda, la Proposición no de ley sobre la reducción del sector público instrumental, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el mes de enero para su sustanciación ante el Pleeno de la cámara<sup>5</sup>. Con esta proposición se pretendía que el Parlamento de las Islas Baleares, por un lado, manifestase su voluntad clara de seguir con el proceso de reducción y reestructuración del sector público instrumental y, por otro, instase al Gobierno autonómico a presentar en un plazo de dos meses los objetivos que tiene marcados y un calendario de actuaciones respecto al proceso de reducción del sector público instrumental. La tramitación de esta proposición no de ley puso de relieve, una vez más, las profundas desavenencias políticas sobre este tema, que aquí se concretaron en la formulación, por parte del Grupo Parlamentario Socialista, de tres enmiendas que, en gran medida, expresaban una posición totalmente opuesta a la de la iniciativa presentada. En concreto, con tales enmiendas se quería obtener del Parlamento los pronunciamientos siguientes: en primer lugar, instar al Gobierno a mantener la racionalización, la supervisión y los controles sobre los entes del sector público instrumental para garantizar su eficiencia y la prestación de unos servicios de calidad a la ciudadanía; en segundo lugar, manifestar su rechazo a los despidos en los entes del sector público instrumental

19 de julio de 2012). Parece ser, sin embargo, que a día de hoy dicha absorción aún no se ha producido.

<sup>4</sup> Contestación de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas a las preguntas con solicitud de respuesta escrita núm. 12007/2016 y 12008/2016, relativas a entes del sector público instrumental y consorcios que tiene previsto eliminar el Gobierno de las Islas Baleares (*Boletín Oficial del Parlamento de las Islas Baleares*, núm. 72, de 18 de noviembre de 2016, p. 3615).

<sup>5</sup> Proposición de ley núm. 894/2016 (*Boletín Oficial del Parlamento de las Islas Baleares*, núm. 30, de 29 de enero de 2016, p. 1097).

efectuados durante la anterior legislatura; y, finalmente, manifestar su apoyo a la convocatoria de las plazas de empleo público anunciadas en el marco de la reunión de la Mesa General del Empleado Público con el objetivo de reducir la interinidad de los empleados públicos y mejorar la estabilidad de las plantillas en Salud, Educación y Servicios Generales. Las dos primeras enmiendas se centraban, evidentemente, en dos de los grandes puntos de discrepancia política sobre la reestructuración del sector público instrumental (la necesidad o no de seguir suprimiendo más organismos, por un lado, y el gran número de sentencias desfavorables a la Administración en los juicios instados por el personal despedido como consecuencia de la desaparición o reorganización de entes públicos, por otro) y, como era previsible, no fueron aceptadas por el grupo autor de la proposición no de ley. En este sentido, el argumento expuesto por su portavoz para rechazar la primera enmienda —alegando que «iría en contra de la reducción del sector público instrumental, porque no incidiría en la reducción, lo que dice es seguir en la racionalización, pero no utiliza la palabra reducción, por tanto no la podríamos aceptar»— ilustra a la perfección las diferencias políticas insalvables, incluso en las meras palabras, respecto a este tema<sup>6</sup>. Solo la tercera enmienda —con mucha menos carga política y, en el fondo, bastante ajena al objeto de la iniciativa— fue aceptada y pasó a ser el único contenido de la proposición de ley finalmente aprobada.

## **II. Novedades en el régimen jurídico de las fundaciones públicas y del sector público instrumental de las Islas Baleares**

Durante el año 2016 ha habido algunas novedades en el régimen jurídico del sector público instrumental de las Islas Baleares. Algunos de estos cambios se refieren al conjunto de la Administración instrumental (incluidas, por lo tanto, las fundaciones del sector público autonómicas), mientras que otros han tenido por destinatarios exclusivos a los entes fundacionales públicos.

Las modificaciones que atañen específicamente a la regulación de las fundaciones del sector público se hallan en la Ley 18/2016, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el año 2017. Se trata de las disposiciones finales octava y novena.

Por un lado, la disposición final octava de la Ley 18/2016 ha introducido diversas modificaciones en la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público

---

<sup>6</sup> *Diario de Sesiones del Pleno del Parlamento de las Islas Baleares*, núm. 81, de 6 de junio de 2017, p. 4645).

instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Uno de los cambios afecta, precisamente, a la propia definición de las fundaciones públicas, regulada en el artículo 55.1 de la Ley 7/2010, que inicialmente era la siguiente: «Son fundaciones del sector público de la comunidad autónoma de las Islas Baleares las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la comunidad autónoma de las Islas Baleares o sus entes instrumentales, y también aquellas otras cuyo patrimonio fundacional, con carácter permanente, está integrado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades del sector público autonómico». Ahora, el artículo 55.1 ha quedado redactado de la siguiente manera: «Son fundaciones del sector público de la comunidad autónoma de las Islas Baleares las que estén adscritas a la Administración de la comunidad autónoma de las Islas Baleares de acuerdo con los criterios que, a tal efecto, se establecen en la legislación estatal básica relativa al régimen jurídico del sector público».

Asimismo, la disposición final octava de la Ley de presupuestos para el año 2017 ha modificado el apartado 1 del artículo 56 de la citada Ley 7/2010, que establecía lo siguiente: «La creación, la modificación de la escritura de constitución y la extinción de fundaciones del sector público requieren el acuerdo previo del Consejo de Gobierno. También requieren acuerdo las cesiones o aportaciones de bienes y derechos a una fundación previamente constituida cuando, como consecuencia de éstas, se dé la circunstancia referida en el artículo 55.1 de la presente ley, así como los actos o negocios que determinen la pérdida del carácter de fundación del sector público autonómico». Tal precepto ha quedado modificado en estos términos: «La creación, la modificación de la escritura de constitución y la extinción de fundaciones del sector público requerirán el acuerdo previo del Consejo de Gobierno. También requerirán este acuerdo los actos o negocios que determinen que una fundación quede adscrita al sector público autonómico porque se verifique cualquiera de los criterios a que hace referencia el artículo 55.1 anterior o la pérdida del carácter de fundación del sector público autonómico».

Por otro lado, la disposición final novena de la Ley 18/2016 ha modificado el texto refundido de la Ley de subvenciones de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre. Uno de los cambios introducidos afecta singularmente a las fundaciones del sector público. Se trata, en concreto, de la adición de dos nuevos párrafos al apartado 1 de la disposición adicional primera de dicho texto refundido. Originariamente, el citado apartado 1 tenía un único párrafo, con este tenor: «Los consorcios sometidos al ordenamiento autonómico y

las fundaciones del sector público autonómico tienen que ajustar su actividad de fomento, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en los artículos 2, 4, 5, 6.2, 7, 9, 10 y 34, así como, si procede, en el Título V, con excepción del artículo 62.2, de la presente Ley». Ahora, a este párrafo único del apartado 1 se le han añadido otros dos, relativos las fundaciones públicas. Así, en el párrafo segundo se ha previsto lo siguiente: «En el caso de las fundaciones del sector público autonómico, la concesión de subvenciones se realizará en nombre y por cuenta de la Administración de la comunidad autónoma de las Islas Baleares y requerirá la autorización previa de la consejería de adscripción, a la que corresponderá también la resolución de los recursos, la aprobación de las bases reguladoras, si procede, y el ejercicio de las funciones de control y las inherentes a la exigencia de reintegros, a la imposición de sanciones y al resto de actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades administrativas». Por su parte, el párrafo tercero tiene este contenido: «No obstante, las fundaciones del sector público autonómico podrán realizar aportaciones a título gratuito en régimen de derecho privado de acuerdo con sus estatutos, siempre que, por sus características, no se trate de actuaciones propias de la competencia administrativa de fomento».

Por lo que respecta a los cambios normativos referentes al sector público instrumental en su conjunto, la novedad más destacada es el Decreto 67/2016, de 25 de noviembre, del Registro Central de Personal al servicio del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Esta norma reglamentaria desarrolla la disposición adicional quinta de la Ley 13/2014, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el año 2015, que creó el Registro Central de Personal del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma, como unidad administrativa dependiente de la consejería competente en materia de coordinación del personal del sector público instrumental y de su personal. Dicho Registro incluye el personal directivo profesional y el personal funcionario propio y laboral de los entes comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2010, así como el personal de otra serie de relevantes organismos (como el Ente Público de Radiotelevisión de las Islas Baleares, la Agencia Tributaria de las Islas Baleares, el Consejo Económico y Social o el Servicio de Salud de las Islas Baleares). La inscripción en el Registro tiene gran importancia, ya que, entre otros efectos, es un requisito imprescindible para que las retribuciones del personal puedan devengarse en la nómina.

Precisamente en relación con el tema de las retribuciones del personal del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Ba-

leares, cabe citar el Auto 55/2016, del Tribunal Constitucional, por el que no se admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares respecto a la disposición adicional decimoquinta de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el año 2013. Este auto es relevante porque, en él, el Tribunal Constitucional hizo una serie de pronunciamientos sobre la competencia de la Comunidad Autónoma para ordenar el régimen del personal integrante de su sector público instrumental, de especial interés cuando se trata de proceder a su reestructuración.

En síntesis, el órgano judicial que elevó la cuestión de inconstitucionalidad alegaba que el precepto controvertido, que establece el régimen retributivo y la clasificación profesional del personal laboral al servicio de los entes del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma, regula una materia típicamente laboral y, por ello, vulneraría el artículo 149.1.7.<sup>a</sup> de la Constitución, que reserva en exclusiva al Estado la competencia para legislar en materia laboral, así como el artículo 37.1 de la Norma Fundamental, porque, al carecer el legislador autonómico de competencia para emanar legislación laboral, no puede declarar ni la nulidad de pleno derecho ni la suspensión de convenios colectivos que se opongan a lo establecido en la disposición cuestionada.

Por lo que aquí interesa, el Tribunal Constitucional afirmó que, en contra de lo alegado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, el objeto de la norma autonómica cuestionada no era regular con carácter general el régimen de la negociación colectiva o la fuerza vinculante de los convenios, extremos propios de la legislación laboral reservada al Estado, sino, más modestamente, las condiciones concretas reconocidas al personal laboral al servicio de la propia Comunidad Autónoma, en el marco de las competencias que su Estatuto de Autonomía le atribuye para la organización de su propio personal laboral y de la disciplina presupuestaria en relación con los gastos de personal. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirmó que el régimen retributivo y la clasificación profesional del personal laboral al servicio de los entes del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que establece la disposición cuestionada, debe entenderse como una regulación orientada a la organización del propio personal laboral de la Comunidad Autónoma, relacionada con la disciplina presupuestaria en materia de gastos de personal. Así, según el Tribunal Constitucional, las medidas de contención de gastos de personal encuentran cobertura competencial también en el principio de coordinación con la Hacienda estatal reconocido en el artículo 156.1 CE, pues se relaciona con la responsabilidad

del Estado de garantizar el equilibrio económico general. Tanto el artículo 156.1 CE como el artículo 149.1.13 CE presuponen la capacidad de las Comunidades Autónomas para definir sus gastos en los correspondientes presupuestos; y esa capacidad se incardina, precisamente, dentro de la autonomía financiera que la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE).

Las Comunidades Autónomas, en suma, están obligadas a respetar las medidas básicas en materia de gastos de personal establecidas por el Estado; pero, respetando esas bases o no existiendo tales medidas básicas, la competencia autonómica en materia económica las faculta para llevar a cabo las medidas de disciplina presupuestaria relacionadas con los gastos de personal que estimen necesarias. Siendo ello así, las específicas medidas de disciplina presupuestaria del gasto público adoptadas por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares se vinculan, pues, a su competencia normativa en materia de «ordenación de la hacienda de la Comunidad Autónoma» (art. 30.28 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares) y de «ordenación y planificación de la actividad económica» (art. 31.6 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares), en relación con las competencias ligadas a la organización y funcionamiento de la Administración autonómica (arts. 30.1, 79 y 80 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares).

# **Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra**

*Martín María Razquin Lizarraga*

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES.—II. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS DEL GOBIERNO DE NAVARRA.—III. JURISPRUDENCIA.—IV. INFORMES DE LA CÁMARA DE COMPTOS SOBRE FUNDACIONES.

## **I. Normativa sobre fundaciones**

El año 2016 se ha dictado una Ley Foral directamente dirigida a una Fundación. Se trata de la Ley Foral 12/2016, de 19 de septiembre, por la que se concede un crédito extraordinario de 800.000 euros con el fin de otorgar un préstamo a la Fundación Baluarte para que pueda afrontar los gastos de funcionamiento y de actividad que conlleva la absorción de la Orquesta Sinfónica de Navarra (BON núm. 191, de 3 de octubre de 2016).

Además la Ley Foral 25/2016, de 28 de diciembre, modifica diversos textos legales relativos a los impuestos principales, y también al régimen tributario de las fundaciones. Así pues se modifican varios preceptos de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio: la disposición adicional décima sobre incentivos fiscales al mecenazgo social; la disposición transitoria única antes existente que pasa a ser ahora la disposición transitoria primera; y la nueva disposición transitoria segunda sobre incentivos fiscales aplicables a los proyectos que hubieran obtenido con anterioridad el sello de «Proyecto Socialmente Comprometido», con efectos a partir de 1 de enero de 2016.

## **II. Las fundaciones públicas del Gobierno de Navarra**

En este momento hay cuatro fundaciones públicas vinculadas al Gobierno de Navarra, tras la supresión en el año 2015 de la Fundación Yesa, por acuerdo del Gobierno de Navarra de 29 de abril de 2015 (BON de 11 de mayo de 2015). Asimismo dicho año 2015 se dejó sin efecto el inicio de la

supresión de la Fundación para la Conservación del Patrimonio Histórico de Navarra, puesto que dicha Fundación tenía adquiridos compromisos de rehabilitación de diversos edificios históricos.

Las fundaciones públicas vigentes son las cuatro siguientes:

- Fundación Navarra para la Tutela de las Personas Adultas.
- Fundación Miguel Servet.
- Fundación Baluarte.
- Fundación para la Conservación del Patrimonio Histórico de Navarra.

A raíz del cambio de Gobierno de Navarra también han sido objeto de modificación los patronatos de estas fundaciones.

En 2016, la Orquesta Sinfónica de Navarra (OSN), orquesta oficial de la Comunidad Foral, se ha integrado en la Fundación Baluarte. Por ello se ha aprobado la Ley Foral 12/2016, de 19 de septiembre, arriba referida. Anteriormente el Gobierno de Navarra otorgaba una subvención a la Fundación Pablo Sarasate, fundación que se extinguirá el 31 de agosto de 2016, pasando su actividad y trabajadores a la Fundación Baluarte, para lo que se ha elaborado un Plan de viabilidad.

Por su parte, la Fundación Miguel Servet que realizó en 2012 un cambio de fines, en orden a integrar entre ellos el fomento de la investigación sanitaria, tiene adscrito el Centro de Investigación Biomédica denominado Navarrabiomed.

### **III. Jurisprudencia**

En este punto conviene detenerse, por su interés general, en tres sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en materia de fundaciones.

La primera es la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 14 de septiembre de 2016, que declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por un patrono que había sido desposeído de su cargo de una Fundación.

Los hechos del caso afectan a la vida de una Fundación. El Fundador creó la Fundación en 1998, para promocionar actividades y programas educativos. Y estableció el Patronato, con un máximo de 7 miembros, entre los cuales se encontraban sus hijos, entre ellos el demandante, con carácter vitalicio, y otros con carácter temporal de 8 años. En el año 2011, a raíz de la muerte del fundador y de que la Fundación recibiera bienes de un valor muy im-

portante comienzan las desavenencias entre el demandante y la Fundación. El Patronato se reunió sin la presencia del demandante y adoptó una serie de acuerdos, entre los que se encuentra el de desposeer de su cargo como patrono al demandante puesto que éste no había realizado actuación alguna como tal patrono, e incluso había manifestado su exclusión de la fundación, entendiendo que dicha actuación podía ser considerada como una dimisión de su cargo.

Ante ello el cesado presentó demanda ante el Juzgado de primera instancia de Pamplona. Este dictó sentencia de fecha 11 de noviembre de 2014 por la que estimó la demanda y declaró la nulidad de los acuerdos adoptados en las Juntas de Patronato impugnadas.

Frente a dicha sentencia de instancia, la Fundación interpuso recurso de apelación que fue estimado mediante sentencia de 22 de diciembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Navarra, revocando la sentencia de instancia.

El demandante interpuso recurso de casación foral frente a la sentencia citada de la Audiencia Provincial de Navarra. La primera cuestión significativa de fondo que se plantea es la relativa a la renuncia tácita por el demandante de su condición de patrono. Se afirma que «la mera omisión o inercia del afectado no puede reputarse expresiva de su consentimiento o aquiescencia a la constitución, modificación o extinción de un derecho», sino que se precisa de actos del otorgante que sean claramente reveladores de una tácita declaración de voluntad. Y por ello concluye que «los actos de que se parte y de los que se ha hecho mención con anterioridad, no tienen tal carácter ni pueden constituir el soporte necesario para que el silencio pueda ser revelador de una voluntad, en nuestro caso, de exclusión del actor recurrente de su condición de patrono de la fundación».

Seguidamente se analiza si el transcurso del tiempo puede ser considerado determinante para la dejación del derecho y un retraso desleal en su ejercicio, respondiendo de inmediato que no puede aceptarse esta posición, sobre todo en este caso en el que la actividad de la Fundación comenzó de forma efectiva a partir de 2011 con la recepción de los bienes que le fueron dejados por el Fundador.

En resumen, las renuncias al cargo de patrono deben ser expresas, claras e indubitadas para que puedan surtir efectos y, asimismo, estar inscritas en el Registro de Fundaciones.

La segunda Sentencia (Sentencia de 4 de febrero de 2016, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra) constituye un caso menor, pero del que interesa destacar la confusión entre

la denominación de la entidad como Fundación Residencia Virgen del Portal y su carácter no de entidad privada sino de entidad pública como organismo autónomo. En el caso se debate sobre la obligatoriedad de prestar caución en vía contencioso-administrativa en orden a obtener la suspensión de la ejecución de una sanción administrativa de multa. A tal efecto se afirma y admite que la denominada Fundación Residencia Virgen del Portal constituye un organismo autónomo del Ayuntamiento de Villafranca. Y se estima su recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo por estimar que le es aplicable lo dispuesto en el artículo 209.2 de la Ley Foral de Administración Local de Navarra (similar al art. 173.2 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales) que exime a las entidades locales de prestar caución.

Y la tercera Sentencia es del orden social, donde abundan las sentencias sobre las reclamaciones laborales contra Caja Navarra con motivo de su integración y sustitución por la Caixa. Sin embargo, de todas ellas, he escogido una que me ha parecido de más interés por estar relacionada con una fundación deportiva, nada menos que la Fundación Osasuna. Se trata de la Sentencia de 13 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Los hechos del caso se concretan en el recurso de suplicación interpuesto por el Director General de la Fundación contra la sentencia de instancia que había desestimado su impugnación del despido como Director General de la Fundación.

La primera cuestión de interés general que se plantea es la consideración de la relación laboral del Director General de la Fundación Osasuna, es decir, si es ordinaria o una relación especial. La Sentencia se inclina por considerarla como una relación laboral especial o de alta dirección por el nombramiento, por las funciones, y por su retribución y el blindaje de su contrato.

En segundo término se analizan los requisitos de la carta de despido, concretando el examen en la expresión de la causa de despido, que se considera correcta.

A continuación se constata el incumplimiento por el recurrente de sus deberes como Director Gerente de la Fundación puesto que se trasladó a Sevilla a pagar una prima de 400.000 euros a jugadores del Betis, hechos que además ocultó a la Fundación durante un tiempo hasta que salieron a la luz pública. Por tanto su participación relevante en estos hechos, sin perjuicio de posibles responsabilidades penales, constituye una deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y por tanto una causa de despido conforme al artículo 54.2. d) del Estatuto de los Trabajadores.

#### **IV. Informes de la Cámara de Comptos sobre fundaciones**

La Cámara de Comptos ha emitido tres informes de fiscalización que afectan a fundaciones:

—Informe sobre la Fundación Pablo Sarasate y Sociedad de Conciertos Santa Cecilia (2106/01): el informe muestra la gran vinculación y conexión entre la Sociedad y la Fundación cuando además ambas entidades tienen la misma finalidad que es la gestión de la Orquesta Sinfónica de Navarra-Pablo Sarasate. Por eso indica la necesidad de establecer un Plan plurianual y un modelo de financiación.

—Informe sobre las subvenciones concedidas a la Fundación Miguel Induración 2005-2015 (Informe 2016/22). La Fundación Miguel Indurain se constituyó como una fundación privada. No obstante el informe apunta la necesidad de reconsiderar dicha calificación, entendiendo más acorde la de su consideración como fundación pública, puesto que fue creada por el Gobierno de Navarra, la financiación de sus actividades procede principalmente del Gobierno de Navarra, y además en sus órganos de gobierno hay representantes del Gobierno de Navarra. Añade que las razones apuntadas en su día para configurarla como fundación privada, como la agilidad de la gestión, están hoy seriamente limitadas por las exigencias legales en distintos ámbitos que afectan a la actividad de la Fundación.

—Informe sobre la Fundación Miguel Servet-Navarrabiomed (Informe 2016/23): en este informe se constata la necesidad de reordenar el sector de investigación sanitaria de Navarra. Conviene recordar que esta Fundación es pública.



# **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. LA NUEVA LEY VASCA DE FUNDACIONES.—III. EL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL.—IV. LA LEY DEL TERCER SECTOR SOCIAL DE EUSKADI.—V. INFORMES DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS.

## **I. Introducción**

Como en anteriores ocasiones, el objeto de esta *Crónica* relativa al año 2016 es dar cuenta de las principales novedades surgidas en el ordenamiento de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En la fase de corrección de pruebas de la anterior hubo que introducir una nota que avisaba de la promulgación de una nueva Ley de Fundaciones por parte del Parlamento Vasco. La novedad legislativa ha sido de calado y a ella estará dedicada la mayor parte de esta *Crónica*. Máxime teniendo en cuenta que durante este período no se ha producido ninguna Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el régimen de las fundaciones en la Comunidad Autónoma Vasca y que el Tribunal Vasco de Cuentas sólo ha publicado un informe de fiscalización.

Pero habrá que hacer referencia separada también al régimen de un tipo específico de fundaciones, como son las fundaciones del sector público local, al que la importante Ley de Instituciones Locales de Euskadi le dedica algunas referencias concretas.

## **II. La nueva ley vasca de fundaciones**

La Ley 9/2016, de 2 de junio, de *Fundaciones del País Vasco*<sup>1</sup>, sustituye, derogándola en su integridad<sup>2</sup>, a la anterior Ley de 1994; aunque perviven

---

<sup>1</sup> BOPV de 13 de junio de 2016, en adelante LFPV

<sup>2</sup> Disp. derogatoria LFPV.

—hasta tanto no se modifiquen y en lo que no la contradigan<sup>3</sup>— sus dos reglamentos de desarrollo: el *Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco*<sup>4</sup> y el *Reglamento del Registro de Fundaciones del País Vasco*<sup>5</sup>.

La Exposición de Motivos de la nueva Ley justifica esta renovación legislativa de la siguiente manera:

«[E]n los últimos tiempos han surgido nuevas razones que recomiendan la elaboración de una nueva ley en esta materia; entre otras, la necesidad de aportar mayor seguridad jurídica tanto a la Administración pública como a las fundaciones y ciudadanía en general o la exigencia de refundir las normas aplicables a dichas entidades y de introducir modificaciones de índole técnico-jurídica, que persiguen la adaptación de la normativa fundacional a los nuevos tiempos dando respuesta a las exigencias y necesidades actuales de la sociedad. No puede olvidarse tampoco que, además de su regulación de Derecho público, es necesario que en su vertiente regulatoria del Derecho civil, la nueva ley adapte su regulación a la realidad actual del Derecho civil vasco, de conformidad con la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, todo ello en virtud de la competencia exclusiva que el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía vasco atribuye a nuestra Comunidad Autónoma. En todo caso, se trata de avanzar en la simplificación administrativa y en la racionalización de los servicios públicos, potenciando el derecho a crear fundaciones y estableciendo a su vez los controles necesarios que garanticen la seguridad jurídica del tráfico en el que se halla inmersa la fundación, así como de garantizar un correcto cumplimiento de las exigencias derivadas de su especial régimen jurídico.

(...).

Y en la misma línea, la presente ley instaura en este ámbito una nueva potestad, la sancionadora, con la finalidad de que actúe como mecanismo disuasorio de las conductas contrarias a las obligaciones administrativas y como medida generadora de confianza para quienes contribuyen a la financiación de estas entidades. Se trata de un mecanismo ejecutivo que el ordenamiento pone en manos de las administraciones públicas, para contribuir a que el proyecto fundacional se desarrolle conforme al interés general y a la voluntad de las personas fundadoras. Así, se tipifican las conductas infractoras en las que se aprecia que incurren con mayor frecuencia las fundaciones, y respecto a las cuales la potestad sancionadora se convierte en un mecanismo efectivo para evitar el uso de mecanismos de

<sup>3</sup> Disp. transitoria primera LFPV.

<sup>4</sup> Decreto 100/2007, de 19 de junio (BOPV de 28 de septiembre de 2007).

<sup>5</sup> Decreto 101/2007, de la misma fecha y publicación que el anterior.

intervención más agresivos. Esta nueva potestad se regula desde la perspectiva y la clara conciencia de la naturaleza privada, en todo o en parte, de muchas fundaciones».

La lectura de su Exposición de Motivos puede ilustrarnos también sobre las modificaciones que incorpora esta Ley de 2016 con respecto a la de 1994, que son muchas y de entidad. Pero interesa más ahora, tal y como hicimos con la primera de estas crónicas<sup>6</sup>, destacar aquellos aspectos de la Ley vasca que le diferencian en algo de la Ley estatal<sup>7</sup>, teniendo en cuenta las diversas vinculaciones que establece ésta para el legislador autonómico<sup>8</sup>.

Lo primero que hay que destacar, con carácter general, es la gran *aproximación* que se ha producido entre las normas autonómica y estatal. En efecto, la anterior ley vasca era de 1994; bastante más antigua, por tanto, que la ley estatal (2002)<sup>9</sup>. Era lógico, así, que existieran algunas notables diferencias entre ambas. Ahora, sin embargo, se parecen mucho más en su estructura y contenido, sin perjuicio de que se detecten algunas diferencias que convenga resaltar. Veámoslas a continuación.

A) En cuanto al *ámbito de aplicación*<sup>10</sup>, esta ley se aplicará —como es lógico— a las fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en la Comunidad Autónoma del País Vasco; considerándose que desarrollan también principalmente sus actividades en este ámbito territorial las fundaciones que, realizando su actividad principal en el extranjero, tienen su domicilio

<sup>6</sup> «La legislación de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 187 y ss.

<sup>7</sup> Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en adelante LF.

<sup>8</sup> En efecto, su disposición final primera («Aplicación de la ley») enumera los preceptos que son de aplicación a todas las fundaciones, sean estatales o autonómicas, bien por regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE), bien por su naturaleza procesal (art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE), bien por incorporar normas de derecho civil, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del derecho civil foral o especial allí donde exista (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE).

Los restantes preceptos de la Ley son de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal, debiendo tenerse en cuenta, ahora, la incidencia de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en adelante LRJSP), cuyos artículos 128 a 1136 están dedicados a las fundaciones del sector público estatal, precisamente.

<sup>9</sup> E incluso era algo precedente en el tiempo a la primera regulación general del derecho de fundación, establecida por el Estado (en su ley de 24 de noviembre de 1994), pues la vasca era de 27 de junio de 1994. De ahí que, en la Crónica citada en la nota 6 valoráramos ésta como «pionera a la hora de dar un tratamiento más flexible a algunos de sus aspectos y, sobre todo, de otorgarles a las fundaciones un régimen jurídico completo» (p. 188).

<sup>10</sup> Artículo 5 LFPV.

estatutario así como la sede de su patronato y su gestión y dirección centralizadas dentro de dicha Comunidad<sup>11</sup>.

Por lo que respecta a las fundaciones extranjeras que, regidas por su ley personal, pretendan ejercer sus actividades de forma estable en la Comunidad Autónoma del País Vasco, deberán contar con una delegación en ésta y la ley les será de aplicación a estos efectos respecto a su relación con las administraciones públicas vascas.

B) Respecto a la *capacidad de las personas jurídico públicas* para constituir fundaciones o participar en su constitución, la Ley vasca precisa que lo podrán hacer exclusivamente para promover la participación de los particulares o de otras entidades públicas o privadas en actividades de interés general y siempre que ello no suponga la asunción por parte de las fundaciones del ejercicio de potestades públicas o de la prestación de servicios públicos obligatorios<sup>12</sup>.

C) En cuanto a la *escritura pública de constitución*, conviene recordar algo que no dice expresamente la nueva Ley, pero que se deduce del régimen de doble oficialidad lingüística en la Comunidad Autónoma del País Vasco y a lo que sí se refiere la Ley de Derecho Civil Vasco<sup>13</sup>, como es que podrá redactarse tanto en euskera como en castellano<sup>14</sup>.

Además, se establece la obligación de las notarías autorizantes de los documentos que deban inscribirse en el Registro de Fundaciones del País Vasco, de dar cuenta telemáticamente y de forma inmediata de su otorgamiento al Protectorado, salvo que la persona interesada manifieste lo contrario<sup>15</sup>.

D) Por lo que se refiere a la *duración*, la Ley vasca matiza que las fundaciones podrán ser constituidas por una duración indefinida o temporal. En

---

<sup>11</sup> A estos efectos, las fundaciones que se inscriban en la Comunidad Autónoma del País Vasco para desarrollar su actividad principal en el extranjero tendrán su domicilio estatutario en la sede de su patronato dentro de dicha Comunidad (art. 6.3 LFPV).

<sup>12</sup> Precisándose que dicha constitución deberá ser autorizada por el órgano que resulte competente en cada institución, previa tramitación del procedimiento que sea de aplicación, en el que quede constancia de las razones o motivos por los que se considera que se alcanzará una mejor consecución de los fines de interés general a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente (art. 7.4 LFPV).

<sup>13</sup> Ley 5/2015, de 25 de junio (*BOPV* de 3 de julio de 2015), en adelante LDCV.

<sup>14</sup> «Los documentos públicos se redactarán en el idioma oficial del lugar de otorgamiento que los otorgantes hayan convenido, y si hubiera más de uno, en aquél que las partes acuerden. En caso de discrepancia entre las partes, el instrumento público deberá redactarse en las lenguas oficiales existentes. Las copias se expedirán en el idioma oficial del lugar, pedido por el solicitante» (art. 7.2 LDCV).

<sup>15</sup> Disp. adicional tercera LFPV.

este último caso, la duración de la fundación ha de ser suficiente para llevar a cabo la finalidad fundacional<sup>16</sup> y habrá de indicarse la fecha de finalización. En caso contrario, se presumirá que la fundación se constituye por tiempo indefinido<sup>17</sup>.

E) Asimismo, la persona o personas fundadoras podrán dar a la escritura pública el carácter de *carta fundacional*, con el fin de que puedan adherirse otras personas con el carácter de fundadoras, si bien habrá de fijarse el plazo durante el cual haya de formularse tal adhesión<sup>18</sup>.

F) Para las fundaciones *en proceso de inscripción* hay una leve diferencia temporal, pues mientras en la Ley estatal el plazo entre el otorgamiento de la escritura pública fundacional y su inscripción en el Registro de Fundaciones es de seis meses, en la Ley autonómica lo es de cinco<sup>19</sup>.

G) Respecto a la *dotación*, la ley vasca advierte de que todas las previsiones se entenderán sin perjuicio de la aplicación de las limitaciones sucesorias o que por razón de troncalidad puedan afectar a los bienes y derechos que se aporten a las fundaciones<sup>20</sup>.

H) En cuanto a la *composición del patronato*, la ley prevé que, en circunstancias excepcionales, y previa motivación suficiente, el patronato de la fundación podrá ser unipersonal, reservándose las personas fundadoras para sí el ejercicio de todas las competencias asignadas al patronato. En tal caso, y para el momento en que se produzca su cese, las personas fundadoras deberán prever en los estatutos la composición y forma de provisión del patronato, que tendrá carácter colegiado<sup>21</sup>.

Además, se establece que quienes representen a las personas jurídicas en el patronato lo harán de forma estable. Si dichas personas son designadas por razón de su cargo en la persona jurídica, la pérdida del cargo conllevará la pérdida de la condición de patrono o patrona<sup>22</sup>.

I) Sobre la existencia de otros órganos (además del patronato) en las fundaciones, la Ley prevé la interesante y práctica posibilidad de que el ejercicio de la gestión ordinaria se encomiende a una *gerencia*, cuyo nombramiento

<sup>16</sup> Artículo 9.2 LFPV.

<sup>17</sup> Artículo 10.1,e) LFPV.

<sup>18</sup> Artículo 9.3 LFPV.

<sup>19</sup> Artículo 13.2 LF y artículo 11.2 LFPV, respectivamente.

<sup>20</sup> Artículo 12.5 LFPV. Recuérdese que la reciente Ley de Derecho Civil Vasco se ocupa *in extenso* en su Título II de las peculiaridades del régimen sucesorio en el País Vasco.

<sup>21</sup> Artículo 14.5 LFPV.

<sup>22</sup> Artículo 15.5 LFPV.

to y cese deberán ser comunicados al protectorado. Los poderes otorgados serán objeto de inscripción en el Registro de Fundaciones del País Vasco<sup>23</sup>.

J) En la reciente Ley vasca también aparece un poco más detallada la regulación de la *sustitución de los miembros del patronato*<sup>24</sup>.

K) Encontramos, asimismo, un mayor pormenor en la regulación de la *adopción de acuerdos* en el seno de patronato: posibilidad de que los Estatutos prevean que las sesiones puedan hacerse por videoconferencia y posibilidad excepcional de adoptar acuerdos sin la celebración de reunión, siempre que queden garantizados los derechos de información y de voto, que quede constancia de la recepción del voto y que se garantice su autenticidad (entendiéndose que el acuerdo se adopta en el lugar del domicilio de la persona jurídica y en la fecha de recepción del último de los votos válidamente emitidos)<sup>25</sup>.

L) Sí se aprecia una diferencia de calado en cuanto al régimen de los *actos de disposición (onerosa o gratuita), así como los de gravamen*. En efecto, así como la Ley estatal exige la previa autorización del Protectorado (que éste habrá de conceder si existe justa causa debidamente acreditada)<sup>26</sup>, la nueva Ley vasca sustituye este requisito previo de la autorización por una declaración responsable a efectuar por el patronato. Declaración responsable prevenida en la normativa de procedimiento administrativo, que determine que se ha adoptado correctamente el acuerdo de disposición o gravamen, indicando la motivación y necesidad de su realización, así como que la operación no es perjudicial para la fundación ni pone en peligro su viabilidad económica<sup>27</sup>.

Esta diferencia entre ambas leyes se comprende mejor si se tiene en cuenta que el sistema de autorizaciones previsto en la ley estatal (de 2002, se insiste) quedaba remitido a lo que establecía la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común<sup>28</sup>. Y no fue hasta 2009 cuando esta última Ley fue modificada para dar entrada a las denominadas «declaración responsable» y «comunicación previa»<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> Artículo 19.2 LFPV.

<sup>24</sup> Artículo 21.1 y 2 LFPV.

<sup>25</sup> Artículo 23 LFPV.

<sup>26</sup> Artículo 21.1 LF.

<sup>27</sup> *Vid.* el artículo 26 LFPV, en su totalidad.

<sup>28</sup> Artículo 41 LF.

<sup>29</sup> Artículo 71bis LRJPAC; hoy reguladas en el artículo 69 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común.

M) Sin embargo, en la Ley no se prevé expresamente que el Protectorado pueda requerir a una fundación la *fusión* con otra de análogos fines, cuando resulte incapaz de alcanzar los suyos propios<sup>30</sup>.

N) En cambio, sí se regula la *escisión* de una fundación o la división de ésta para la creación de otra u otras fundaciones<sup>31</sup>.

Ñ) Encontramos, también, más detallado el proceso de *liquidación* de una fundación<sup>32</sup>.

O) Resulta novedoso el tratamiento que hace la nueva Ley vasca al supuesto de *transformación de las fundaciones* y que puede ser de doble sentido.

Así, las fundaciones podrán transformarse, conservando la personalidad jurídica, en otro tipo de persona jurídica que, careciendo de ánimo de lucro, cumpla los fines fundacionales originarios, tenga su ámbito de actuación dentro de la Comunidad Autónoma del País Vasco y mantenga la integridad del patrimonio fundacional bajo la tutela de un órgano público<sup>33</sup>.

Pero también las personas jurídicas de carácter no fundacional podrán transformarse en fundaciones siempre que no exista precepto legal que lo prohíba expresamente<sup>34</sup>.

P) La Ley regula extensamente el *Protectorado de Fundaciones del País Vasco* con las importantes funciones que tiene atribuidas<sup>35</sup>, destacadamente la potestad sancionadora (a la que haremos referencia un poco más adelante).

Debe señalarse aquí que se mantiene la previsión de una Comisión Asesora del Protectorado<sup>36</sup>.

Q) Análoga consideración podemos hacer del *Registro de Fundaciones del País Vasco*<sup>37</sup>, en el que los asientos se extenderán en la lengua oficial de la

<sup>30</sup> Lo que se recoge en el artículo 30.4 LF.

<sup>31</sup> Artículo 39 LFPV.

<sup>32</sup> Artículo 42 LFPV.

<sup>33</sup> Transformación prevista en el artículo 44 LFPV.

<sup>34</sup> *Vid.* el artículo 45 LFPV.

<sup>35</sup> Artículos 48 a 55 LFPV. Recuérdese que, hasta tanto no se modifique el RPFPV (de 2007), éste continuara vigente en todo lo que no se oponga a la Ley.

<sup>36</sup> Como órgano de carácter consultivo cuyas funciones son la asistencia al Protectorado de Fundaciones del País Vasco, la emisión de informe sobre los expedientes de inscripción de la constitución de fundaciones, en lo referente a la licitud e interés general de sus fines y la viabilidad de las mismas, así como informar con carácter preceptivo en los proyectos de disposiciones generales en materia de fundaciones (art. 48.2 LFPV).

<sup>37</sup> Artículos 56 a 60 LFPV, con igual recordatorio que el hecho en la nota anterior para el RRFPV.

Comunidad Autónoma del País Vasco en la que aparezcan redactados los documentos objeto de inscripción; esto es, en castellano o en euskera<sup>38</sup>.

Conviene destacar que, ahora, la ley regula expresamente el silencio administrativo para los procedimientos ante el Registro, estableciendo que se entenderán desestimadas las solicitudes de inscripción una vez transcurrido el plazo de seis meses<sup>39</sup>. En la Exposición de Motivos se justifica la adopción del criterio del silencio negativo por entender que concurren efectivamente algunas de las «razones imperiosas de interés general» que exige la normativa europea —no hay referencia alguna a Ley del Procedimiento Administrativo Común—, siendo precisamente la salvaguarda de dicho interés general la que impide que el mero transcurso del tiempo permita dar por válidas situaciones que no hayan sido objeto de una previa calificación del órgano administrativo correspondiente.

Por otro lado, recuérdese que la ley estatal dispone que en el Registro de Fundaciones de competencia estatal se llevará una sección de denominaciones, en la que se integrarán las de las fundaciones ya inscritas en los Registros estatal y autonómicos, y las denominaciones sobre cuya utilización exista reserva temporal; razón por la que, en las Comunidades Autónomas, una vez realizada la inscripción de la constitución de la fundación o, en su caso, de la extinción de la misma, darán traslado de estas circunstancias al Registro de Fundaciones de competencia estatal, a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior y para constancia y publicidad general<sup>40</sup>.

Asimismo, podemos recordar que en la Ley estatal está previsto que, en el seno del Consejo Superior de Fundaciones (órgano consultivo integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las propias fundaciones), exista una Comisión de Cooperación e Información Registral integrada por representantes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, encargada de establecer mecanismos para la colaboración e información mutua entre los distintos registros, en particular en lo relativo a las denominaciones y a las comunicaciones sobre la inscripción y, en su caso, la extinción de fundaciones<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Artículo 21.1 RRFPV.

<sup>39</sup> Artículo 60 LFPV. *Vid.* la referencia hecha a esta cuestión en la crónica citada en la nota 6, p. 192.

<sup>40</sup> Artículo 36.3 LF.

<sup>41</sup> Artículo 40 LF.

R) La Ley crea el *Consejo Vasco de Fundaciones*, órgano colegiado de naturaleza consultiva, que se erige como foro de encuentro entre el sector fundacional y la Administración General de la Comunidad Autónoma<sup>42</sup>.

S) La parte de la Ley dedicada a las *fundaciones del sector público vasco*<sup>43</sup>, reitera que en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas ni tener por finalidad la prestación de servicios públicos de carácter obligatorio e insiste en la necesidad de cumplir con la normativa de contratación pública (ajustándose a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre las personas candidatas), así como que la selección de su personal se rige por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

No exige, sin embargo, que su creación se haga por Ley, como ocurre en el ámbito estatal<sup>44</sup>.

En cualquier caso, adviértase de que las fundaciones del sector público *local* tendrán algunas especificidades<sup>45</sup>.

T) La especificidad de las *fundaciones bancarias*<sup>46</sup> también tiene su reflejo en la nueva Ley<sup>47</sup>.

U) Queda hacer mención de una novedad de calado establecida en la nueva Ley, cual es el establecimiento de un específico *régimen sancionador para las fundaciones*<sup>48</sup>; aspecto en el que se diferencia de notable manera de la ley estatal, que no contiene aparataje represivo alguno.

Se regula con detalle en la Ley vasca, pero aquí sólo mencionaremos un par de aspectos: a) que la potestad sancionadora se defiere al Protectorado de Fundaciones del País Vasco<sup>49</sup>; y b) que las sanciones previstas, que llevan aprejadas su inscripción en el Registro de Fundaciones del País Vasco, consisten en multas aunque, para las infracciones muy graves, también cabe imponer la

<sup>42</sup> *Vid.* artículos 61 y 62 LFPV.

<sup>43</sup> Artículos 63 y 64 LFPV.

<sup>44</sup> *Vid.* el artículo 133.1 LRJSP.

<sup>45</sup> A las que haremos referencia *infra*, en el apartado III de esta crónica.

<sup>46</sup> Que trae causa, como es sabido, de la reestructuración del sector bancario, por la que hubo de dictarse la Ley 26/2013 de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias, que fue la que creó este tipo específico de fundaciones.

<sup>47</sup> Artículo 65 LFPV.

<sup>48</sup> Al que se le dedica íntegramente el Capítulo IV, artículos 66 a 74 LFPV.

<sup>49</sup> Artículo 66.1 LFPV.

destitución en el cargo de patrono o patrona o la inhabilitación por un período de cinco o diez años<sup>50</sup>.

V) Ya en el apartado de las disposiciones adicionales de la nueva ley, podemos mencionar la referencia<sup>51</sup> hecha a un tipo muy específico, como es el de las *fundaciones vinculadas a los partidos políticos*, que se incluyen expresamente entre las regidas por esta Ley, con las especialidades derivadas del sistema de financiación legal y presupuestariamente previsto<sup>52</sup>.

También contiene la Ley algunas especificidades con respecto a las *fundaciones integradas en la Red Vásca de Ciencia, Tecnología e Innovación*<sup>53</sup>, en especial en lo referente a innecesariedad de autorización del Protectorado para la autocontratación.

Consecuencia del peculiar sistema tributario del País Vasco, la Ley establece también una obligación de *colaboración institucional* en el sentido de que el Protectorado deberá remitir a las Haciendas Forales de los Territorios Históricos la información relativa a las fundaciones que no hayan dado cumplimiento a sus obligaciones de carácter económico<sup>54</sup>.

En fin, la nueva Ley también recuerda la necesidad del cumplimiento de la *Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres*, sobre todo en cuanto a la representación equilibrada también en los órganos de las fundaciones<sup>55</sup>.

X) En cuanto a la transitoriedad prevista<sup>56</sup>, y de similar manera a como lo hizo la disposición transitoria primera de la Ley estatal, la nueva Ley vasca da un plazo de dos años desde su entrada en vigor (esto es, hasta 13 de junio de 2018) para la *adaptación de los estatutos* de las fundaciones a lo establecido en la misma. Si se incumple dicho plazo de adaptación, la fundación no podrá inscribir documento alguno, ni podrá obtener subvenciones o ayudas públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin perjuicio de las responsabilidades en las que pudiera incurrir. Además, las condiciones

---

<sup>50</sup> Artículo 73 LFPV.

<sup>51</sup> Disp. adicional, primera LFPV.

<sup>52</sup> Recuérdese a este propósito la existencia del Decreto del Gobierno Vasco 119/2015, de 30 de junio, que regula las subvenciones a fundaciones y asociaciones vinculadas a partidos políticos con representación en el Parlamento Vasco, norma reglamentaria a la que dedicamos un comentario en nuestra anterior crónica (*Anuario de Derecho de Fundaciones 2015*, Iustel, Madrid, 2016, p. 354).

<sup>53</sup> Disp. adicional quinta LFPV.

<sup>54</sup> Disp. adicional sexta LFPV.

<sup>55</sup> Disp. adicional cuarta LFPV.

<sup>56</sup> Disp. transitoria primera LFPV.

estatutarias contrarias a la Ley de las fundaciones constituidas «a fe y conciencia»<sup>57</sup>, se tendrán por no puestas.

### **III. El régimen específico de las fundaciones del sector público local**

Como es sabido, en la Comunidad Autónoma de Euskadi carecíamos de una Ley propia de régimen local. Por fin, tras más de treinta y cinco años de andadura autonómica, el Parlamento Vasco pudo aprobar la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi<sup>58</sup>.

Pues bien, en lo referente a las fundaciones del sector público local, específicamente, la Ley contiene algunas referencias en tres ámbitos de interés.

A) En primer lugar, la Ley permite que se definan como *directivos públicos profesionales* a quienes ocupen los puestos de máxima responsabilidad en las fundaciones del sector público local que pertenezcan a entidades locales cuya población supere los 40.000 habitantes<sup>59</sup>, cuyo régimen será normalmente de Derecho Privado y, en consecuencia, su relación laboral del tipo de alta dirección<sup>60</sup>.

B) A las fundaciones del sector público local también les serán de aplicación las normas previstas en el Título VI de esta Ley, dedicadas al «*Gobierno abierto, transparencia, datos abiertos y participación ciudadana*»<sup>61</sup>.

C) Pero lo que, quizás, resulte de mayor relevancia sea que el *régimen de endeudamiento, presupuestario y contable* de estas fundaciones del sector público local queda sometido a las normas que se regulen por cada Territorio Histórico al respecto<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> Esto es, cuando por la voluntad fundacional se dispensaba a los patronos de la obligación de rendir cuentas, sustituyéndola por la obligación de declarar solemnemente el cumplimiento de la voluntad del fundador, y que son relativamente frecuentes en las fundaciones antiguas y con origen en lo previsto en la legislación de beneficencia de mediados del siglo XIX.

<sup>58</sup> BOPV de 14 de junio de 2016; con importante corrección de errores en el BOPV de 29 de junio de 2016, en adelante LILE.

<sup>59</sup> Artículo 36.5, b) LILE.

<sup>60</sup> Artículo 39.2 y disp. transitoria decimosegunda 2, a) LILE.

<sup>61</sup> Como se establece expresamente en el artículo 49.1, f) LILE y en el artículo 69.4,e) LILE de manera específica para la participación ciudadana.

<sup>62</sup> Artículo 115 LILE.

#### **IV. La Ley del Tercer Sector Social de Euskadi**

Procede hacer una referencia a la Ley vasca 6/2016, de 12 de mayo, *del Tercer Sector Social de Euskadi*<sup>63</sup>, posterior en algo menos de año y medio a la Ley estatal del *Tercer Sector de Acción Social*<sup>64</sup>.

Una avanzada Ley, en la que se explicita que las organizaciones del tercer sector de acción social se regirán por la legislación específica que sea aplicable en función de la forma jurídica que hayan adoptado; insistiendo en que la consideración de organizaciones del tercer sector de acción social, conforme lo establecido en esta ley, no excusa del cumplimiento de todos los requisitos y condiciones que establezca dicha legislación específica (disp. final primera).

Pues bien, podrán tener la consideración de miembros u *organizaciones del tercer sector social* de Euskadi las fundaciones (y entidades históricas) actualmente existentes y que cuenten con un recorrido superior a cincuenta años en la CAPV, siempre que estén incorporadas en alguna red del tercer sector social, cumplan los demás requisitos especificados en esta ley y soliciten su incorporación a estas previsiones, en un plazo de seis meses (art. 2.3). Además, junto con otras, las fundaciones podrán ser *organizaciones de iniciativa social* que forman parte del tercer sector social de Euskadi (art. 3). En fin, esta Ley contiene una referencia específica a la colaboración de las administraciones públicas vascas con las fundaciones bancarias (art. 20.1), que, como sabemos, tienen un régimen específico.

#### **V. Informe del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas**

Sólo procede mencionar aquí un Informe de Fiscalización realizado por este órgano autonómico en relación con tres fundaciones. Se trata del Informe conjunto sobre la *Fundación Vasca de Innovación e Investigación Sanitarias (BIOEF)*, la *Fundación Vasca para la Seguridad Agroalimentaria (ELIKA)* y la *Fundación Euskadi Kirola*, correspondiente al ejercicio 2015<sup>65</sup>.

Las tres fundaciones forman parte del Sector Público de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de tal manera que sólo en la Fundación ELIKA aparece un patrono privado (la Fundación AZTI, precisamente). Y sus respec-

<sup>63</sup> BOPV de 19 de mayo de 2016; c.e. BOPV de 23 de mayo de 2016.

<sup>64</sup> Ley 43/2015, de 9 de octubre, sobre la que hicimos alguna referencia en la crónica del pasado año (citada en la nota 51, p. 354).

<sup>65</sup> Fechado el 22 de diciembre de 2016 y publicado en el BOPV de 14 de febrero de 2017.

tivos fines fundacionales son: a) la promoción de la innovación y de la investigación en el Sistema Sanitario de Euskadi, como instrumentos de desarrollo y mejora continua de las capacidades de intervención del mismo en la protección de la salud de la población (BIOEF); b) informar, asesorar y promover actuaciones en materia de producción, elaboración y consumo de productos alimentarios garantizados (ELIKA); y c) impulsar un adecuado desarrollo del deporte vasco de alto nivel que posibilite una nutrida representación en la alta competición deportiva internacional y fundamentalmente en los altos eventos deportivos, así como la consecución de resultados de alto nivel por parte de los deportistas vascos y vascas en las mencionadas competiciones (Euskadi Kirola).

Pues bien, a excepción de la contratación por parte de Euskadi Kirola de un servicio mediante procedimiento negociado sin publicidad [incumpliendo, por tanto, el artículo 191.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público] por un importe de 92.000 euros, el Tribunal de Vasco de Cuentas Públicas concluye que las fundaciones BIOEF, ELIKA y Euskadi Kirola «han cumplido razonablemente en el ejercicio 2015 la normativa legal que regula su actividad económico-financiera».



# Comunidad valenciana

*Juan Francisco Mestre Delgado*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valencia

*Luis Manent Alonso*

Abogado de la Generalitat  
Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública

SUMARIO: I. LA REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES: 1. *El Reglamento de fundaciones de la Comunidad valenciana.* 2. *La Ley de mecenazgo de la Comunidad Valenciana.* 3. *La Ley de Hacienda Pública de la Generalitat.*—II. REESTRUCTURACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO DE LA GENERALITAT: 1. *Redimensionamiento.* 2. *Racionalización.* 3. *Mención especial al personal directivo.*—BIBLIOGRAFÍA.

## I. La regulación de las fundaciones

### 1. *El Reglamento de fundaciones de la Comunidad valenciana*

A) Mediante Decreto 68/2011, de 27 de mayo, se aprobó el Reglamento de Fundaciones de la Comunitat Valenciana, que derogó al anterior, aprobado mediante Decreto de 5 de septiembre de 2001, y que se encuentra vigente a la fecha. Según indica en su Preámbulo, se dictó con la finalidad de adecuar la regulación «a la normativa estatal como al resto de cambios operados por la Ley 9/2008, de 3 de julio», prefiriendo su autor —según confiesa— aprobar un texto nuevo completo que introducir las modificaciones que incorpora en el Reglamento de 2001.

En una breve síntesis, los aspectos relevantes a los que presta su atención la norma de desarrollo son los siguientes:

a) Destaca el Preámbulo que la primera innovación que incorpora se refiere a la garantía de «la seriedad y solidez del proyecto de constitución de la fundación y, sobretodo, su viabilidad económica», y en particular a los supuestos de constitución sucesiva, en los que exige «que el compromiso de desembolsos sucesivos de la dotación deba de estar garantizado mediante aval bancario, cuando el desembolso inicial (un 25% como mínimo) sea inferior a la cuantía que legalmente se presuma suficiente (en la actualidad, 30.000

euros) y que, cuando la aportación no sea dineraria y la naturaleza de los bienes no contribuya directamente, por sí mismos, a la realización de los fines fundacionales, se incorpore a la escritura de constitución «la preceptiva valoración por experto competente» que acredite «su carácter fructífero, es decir, que sean susceptibles de producir rentas que permitan atender el cumplimiento de sus fines fundacionales». Confiesa el titular de la potestad reglamentaria que se ha inspirado en una ley francesa de fundaciones de 4 de julio de 1990) «que en cierta manera tiene eco en la regulación de la Ley» de fundaciones de la Comunidad de Madrid y de la regulación del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña. Aunque la previsión reglamentaria posiblemente cuenta con el respaldo de la regulación contenida en el artículo 11 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, la formulación que emplea el Decreto suscita una interesante cuestión abstracta y de alcance general, cual es la de determinar si en el ejercicio de la potestad reglamentaria de carácter ejecutivo la Comunidad Autónoma puede tratar de desarrollar, ejecutar, aclarar o pormenorizar (por emplear la terminología clásica del Consejo de Estado para caracterizar al reglamento ejecutivo) no lo establecido en la propia Ley autonómica, sino en la estatal en cuyo ámbito (en el caso, en los términos del art. 149.1.8 CE) se mueve la regulación autonómica.

Una de las consecuencias que se reflejan en el articulado de la norma reglamentaria (art. 11) afecta a la comprobación de los fines y dotación, de forma que, con carácter previo a la inscripción, el Protectorado debe comprobar el interés general de los fines de la fundación y la suficiencia y adecuación de la dotación para el cumplimiento de los fines.

b) Especifica que «se abordan todas aquéllas cuestiones que afectan al funcionamiento y desarrollo de su actividad de las fundaciones de la Comunitat valenciana», destacando que se han incluido determinaciones que tratan de «dar respuesta a las problemáticas más comunes que se han detectado a partir de la experiencia acumulada en estos años de ejercicio del Protectorado por la Generalitat».

Entre ellas destacan, en nuestro criterio, la regulación de la denominada «autocontratación» (art. 20 del Reglamento) en la que se incorporan prohibiciones de contratar con la fundación que afectan a los patronos, a sus representantes y a sus familiares hasta cuarto grado por consanguinidad y hasta el segundo por afinidad.

c) Se hace hincapié en la «nueva regulación de los gastos de administración», con la finalidad de conceder «mayor margen de maniobra en este ámbito al Patronato de la fundación», incluyendo los procedimientos y los

requisitos de autorización de los actos de disposición patrimonial, «más concretos y sencillos, con la finalidad de dotar de mayor seguridad jurídica y previsibilidad a las fundaciones respecto de las decisiones de la Administración».

d) Se destaca en el Preámbulo que la norma reglamentaria asume el desarrollo de los procedimientos y requisitos exigibles en punto a la modificación de los Estatutos, la fusión y extinción de las fundaciones.

e) También presta atención el reglamento a las competencias del protectorado de la Generalitat, subrayando que «se ha tenido muy presente que la intervención administrativa en materia de fundaciones ha de moverse siempre en un equilibrio entre el respeto a los acuerdos del Patronato de la Fundación, a quien corresponde su gobierno y administración en el día a día.../... y en la necesidad de garantizar el efectivo cumplimiento por los Patronos de la voluntad del fundador expresada en el acto fundacional, que por su propia naturaleza es genérica e intemporal».

El titular de la potestad reglamentaria la ha ejercido, desarrollando o aclarando los aspectos que ha considerado, en el margen de la habilitación legal, oportunos o convenientes. Contamos, por ello, con un marco de regulación formalmente completo. No consta que, a la fecha, se hayan suscitado recursos contencioso administrativos ni directos ni indirectos contra el reglamento.

## **2. *La Ley de mecenazgo de la Comunidad Valenciana***

Conviene completar la descripción normativa aludiendo a la Ley 9/2014, de 29 de diciembre, de impulso de la actividad y del mecenazgo cultural en la Comunidad valenciana.

La Ley considera que «el marco legal estatal se asienta básicamente sobre la existencia de dos Leyes; una de naturaleza fiscal, la actual Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, cuyo cometido es regular los beneficios del mecenazgo a los efectos fiscales, y la Ley 50/2002, de 23 de diciembre, de Fundaciones, que concibe a la fundación como la persona jurídica conformada con un patrimonio adscrito a un fin de interés general a través de la cual se materializa, entre otras, las acciones de mecenazgo; aunque dicha función de mecenas también la pueden realizar aquellas asociaciones que tienen entre sus fines actividades de interés general». Y añade que «ante este estado de cosas, la ley introduce medidas complementarias y un nuevo modelo de mecenazgo que aprovecha todo el potencial de esta institución y de su importante función social, consistente en destinar fondos y aportacio-

nes económicas de particulares, personas físicas y jurídicas, para fines de interés general, como la promoción de la cultura, la ciencia o el deporte. Para ello, el mecenazgo debe ser regulado y entendido como una institución amplia, que va más allá de modelos de personas jurídicas (como las fundaciones) y que no se puede limitar a simple beneficios fiscales, sino que debe generar una auténtica cultura de mecenazgo que sea capaz de implicar activamente a toda la ciudadanía en la sostenibilidad económica y desarrollo de la actividad cultural, científica y deportiva, ya que el sistema debe hacer compatibles las grandes acciones de mecenazgo cultural con el hecho de que cualquier persona física pueda colaborar directamente en acciones de mecenazgo a través de pequeñas aportaciones (micromecenazgo), lo que permite a todos ser partícipes de la promoción de la cultura, la ciencia y el deporte y desarrollar una gran labor social».

Lo relevante, a nuestros efectos, consiste en que la Ley reconoce y establece (art. 3) un «compromiso institucional de la Generalitat con el mecenazgo y la actividad cultural, científica y deportiva», a cuyo efecto se regula (art. 4) la «promoción de asociaciones, fundaciones y otras sociedades de interés cultural, científico o deportivo en la Comunitat Valenciana». En este contexto, se establece, por una parte, que «la Generalitat, dentro de su ámbito competencial, promoverá las condiciones administrativas, fiscales y de apoyo institucional adecuadas para favorecer e impulsar la constitución de asociaciones y fundaciones privadas valencianas o de sociedades que tengan como finalidad principal el apoyo a las creaciones intelectuales valencianas y cualquier actividad cultural, incluida la actividad docente e investigadora, o deportiva», y por otra parte que «la Generalitat favorecerá la optimización y coordinación de los recursos económicos, tanto públicos como privados, que se destinan a la promoción y protección de la cultura, la investigación, la docencia o el deporte por asociaciones, fundaciones y otras sociedades».

### **3. *La Ley de Hacienda Pública de la Generalitat***

Con la aprobación de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de hacienda pública, del sector público instrumental y de fundaciones (LHP) se reestructura la Administración institucional de la Generalitat. «Con esta ley, por primera vez en nuestra Comunitat, se sientan las bases, a efectos de su organización y funcionamiento, de lo que se denomina el sector público instrumental de la Generalitat»<sup>1</sup> que comenzó su andadura hace casi 30 años.

---

<sup>1</sup> Párrafo número 16 de la exposición de motivos de la LHP.

Como con acierto señalaron en su día García de Enterría y T. R. Fernández, «la proliferación de entidades institucionales ha venido a compensar el aumento constante de las funciones administrativas en el Estado contemporáneo, evitando una congestión paralizante de los órganos comunes de la Administración»<sup>2</sup>.

Con anterioridad el texto refundido de la Ley de hacienda pública de la Generalitat Valenciana, aprobado por el Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991, del Consell de la Generalitat Valenciana (TRLHP), se había limitado a determinar las clases de entes de su sector público. En palabras del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, «la mencionada tipología no es más que un mero *nomen iuris* (...) sin que el repetido Texto Refundido pueda considerarse como una regla general de organización y funcionamiento»<sup>3</sup>.

Pese a la vocación generalista de la LHP cabe preguntarse en qué puede afectar y afecta esta nueva tipología del sector público instrumental a la organización y funcionamiento de las fundaciones del sector público de la Generalitat.

Como punto de partida hay que tener en cuenta que la capacidad de innovación normativa de las Comunidades Autónomas para diseñar su sector público no es uniforme. «Por razón del título competencial subyacente la capacidad de las CC.AA. para configurar entes varía»<sup>4</sup>. No solo ha de tenerse en cuenta el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que autoriza a la Generalitat para «constituir mediante Ley de Les Corts un sector público propio»<sup>5</sup>, sino también las competencias que la Constitución reserva al Estado. Así mientras que respecto de los organismos y entidades de derecho público —aquellos que adquieren personalidad jurídica por normas de derecho público— el Estado solo puede determinar las bases de su régimen jurídico<sup>6</sup>, no puede decirse lo mismo en relación con las entidades de derecho privado. Nos estamos refiriendo a aquellas que se constituyen con arreglo a formas de personificación jurídico-privada. El Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil y civil, respectando en

<sup>2</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (1993): *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 6.<sup>a</sup> ed., p. 385.

<sup>3</sup> «Los entes del sector público de la Generalitat: hacia la búsqueda de la racionalidad de su régimen jurídico», *Observaciones y sugerencias, Memoria del año 2007 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana*, pp. 86 y 87.

<sup>4</sup> MANENT ALONSO, Luis (2016): «Crisis del sector público institucional y estado garante», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 25, p. 119.

<sup>5</sup> Artículo 79.2 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

<sup>6</sup> Artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE.

este último caso las singularidades de los derechos civiles o forales allí donde existan<sup>7</sup>. Por esta razón está «vedada a la Generalitat la tipificación de nuevos moldes de personificación jurídico-privada»<sup>8</sup>.

Dicho esto, la LHP distingue dentro del sector público de la Generalitat el administrativo del empresarial y fundacional. En este último se integran determinados consorcios y entidades de derecho público, las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles y las fundaciones<sup>9</sup>. Ciñéndonos a estas últimas, el título IX LHP —el que regula el sector público instrumental de la Generalitat— solo les dedica el artículo 157, objeto de nuestro comentario. Lo reproducimos.

#### **Artículo 157 LHP. Fundaciones del sector público de la Generalitat.**

*«Las fundaciones del sector público de la Generalitat tienen personalidad jurídica de naturaleza privada, y en ningún caso dispondrán de facultades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas. Se regirán, como regla general, por el ordenamiento jurídico privado y su legislación específica, sin perjuicio de lo establecido en la presente ley y en el resto de normas de derecho público que les resulten de aplicación. A tal efecto, el conjunto de sus derechos y obligaciones de carácter económico tendrán siempre naturaleza privada.*

*Las fundaciones del sector público de la Generalitat son aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, del Consell o de los entes del sector público instrumental.
- b) Que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades».

El artículo 157 LHP contiene dos párrafos dedicados, respectivamente, a señalar algunas pautas jurídicas de las fundaciones del sector público de la Generalitat (admisibilidad, personalidad jurídica, normativa aplicable e interdicción del ejercicio de potestades) y a identificar los criterios determinantes para la adquisición de su condición (aportación inicial o patrimonio fundacional). Nos referimos a cada uno de ellos de manera individual. Vaya por delante que ninguno de los dos introduce novedad alguna al estatuto de este

<sup>7</sup> Artículo 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> CE. También el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE.

<sup>8</sup> «Los entes del sector público de la Generalitat: hacia la búsqueda de la racionalidad de su régimen jurídico», *Observaciones y sugerencias, Memoria del año 2007 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana*, p. 84.

<sup>9</sup> Cfr. artículo 3 LHP.

tipo de entes instrumentales fijado por la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de fundaciones de la Comunidad Valenciana (LFCV).

a) Admisibilidad. Aunque algunos autores han sostenido que las Administraciones no pueden constituir fundaciones, es criterio del Tribunal Constitucional (TC) que «el reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones no deriva (...) del artículo 34.1 CE [el que reconoce el derecho de fundación] sino de una decisión adoptada por el legislador»<sup>10</sup>. Permitiendo la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (LF), la creación de este tipo de entes por las Administraciones Públicas, la LHP solo podría haber privado de esta facultad a Generalitat o a todos o algunos de los entes de su sector público. Aquella dispone que «las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario»<sup>11</sup>.

b) Personalidad jurídica. Esta afirmación es reiterativa. La propia LF se encarga de afirmar que la tendrán «desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones»<sup>12</sup>.

c) Normativa aplicable (derecho privado, determinadas normas de derecho público y legislación específica). El sometimiento de la actuación de las fundaciones del sector público al derecho privado va de suyo en su condición de organismo de derecho privado. Lo mismo puede decirse del carácter privado de sus derechos y obligaciones. Como recuerda el TC, «la creación por la Administración de entes institucionales bajo formas privadas de personificación (...) conduce a la actuación bajo un régimen de Derecho Privado»<sup>13</sup>. En cuanto a la remisión a las normas de derecho público, entre ellas a la LHP, es un recordatorio de los límites de la «huida al derecho privado» que vienen practicando las Administraciones Públicas desde hace 75 años. Finalmente la invocación de la legislación específica nos permite adelantar una crítica a la excesiva dispersión normativa de las disposiciones reguladoras del sector público fundacional de la Generalitat. Como se verá en el apartado IV dedicado a la racionalización del sector público fundacional de la Generalitat, la normativa propia se encuentra, además de la LFCV, en leyes sectoriales, decretos-leyes, leyes de acompañamiento a los presupuestos de la Generalitat y reglamentos. En alguna ocasión los preceptos de una ley de acompañamiento incluso han sido modificados por otra ley de acompañamiento posterior. Esta caótica situación, aunque comprensible por el recien-

<sup>10</sup> FJ 6, STC 120/2011, de 6 de julio (Ref. Iustel: §106903).

<sup>11</sup> Artículo 8.4 LF.

<sup>12</sup> Artículo 4.1 LF.

<sup>13</sup> FJ 8, STC 14/1986, de 31 de enero (Ref. Iustel: §100577).

te procedimiento de aluvión legislativo, difícilmente es justificable desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

d) Prohibición de ejercicio de potestades públicas. Esta limitación, ya positivizada por la LFCV tras ser reformada por la Ley 9/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de modificación de aquella<sup>14</sup>, es una consecuencia lógica de la actuación de los poderes públicos *iure gestionis*<sup>15</sup>. Cuando las Administraciones Pùblicas constituyen fundaciones porque «requieren una libertad de movimientos difícilmente conciliables con las normas más formalistas del derecho administrativo (...) se les somete a un régimen de Derecho Privado, salvo las escasas peculiaridades que la propia Ley recoge»<sup>16</sup>. Por su propia naturaleza estas singularidades han de desenvolverse las más de las veces *ad intra* y sin colocar al ente instrumental en un plano de superioridad jurídica. Utilizando la terminología de RIVERO<sup>17</sup>, la atribución de prerrogativas en más —auténticas potestades que sitúan a los poderes públicos en una relación de asimetría con los ciudadanos— es incompatible con la garantía de sometimiento de la actuación de las Administraciones Pùblicas al interés general exigido por el artículo 103.1 CE, si aquellas no se compensan con otras garantías en menos.

e) Criterios para la adquisición de la condición de fundación del sector público<sup>18</sup>. El párrafo segundo del artículo 157 LHP tampoco añade nada nuevo al régimen jurídico de las fundaciones del sector público de la Generalitat. La necesidad de la Generalitat, o de los entes de su sector público instrumental, de efectuar una aportación o mantener un patrimonio funda-

<sup>14</sup> Artículo 35.1 a) LFCV.

<sup>15</sup> Por ello se ha criticado la posibilidad —prevista en el art.. 113 LRJ— de atribuir por ley a las sociedades mercantiles estatales el ejercicio de potestades administrativas. «Resulta una anomalía que una sociedad mercantil que opera en el mercado sea titular de potestades públicas». ÁLVAREZ HERRANZ, Beatriz (2016): «Artículo 2. Ámbito subjetivo. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 976.

<sup>16</sup> FJ 8, STC 14/1986, de 31 de enero (Ref. Iustel: §100577).

<sup>17</sup> Cfr. RIVERO Jean (1953), «Existe-t-il un critère du droit administratif?», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, año 59, 1953, pp. 279-296.

<sup>18</sup> El artículo 129 LRJ regula con carácter básico el régimen de adscripción de las fundaciones del sector público. Señala novedosamente los criterios por los que una fundación queda adscrita al sector público estatal, autonómico o local. Lo hace con el propósito de evitar que haya fundaciones participadas o financiadas por poderes públicos que no estén sometidas a las normas de control público de un determinado sector público instrumental. Es un concepto de nueva creación que se superpone al de pertenencia a un concreto sector público fundacional. Este lo establece cada Comunidad Autónoma para las suyas, aquél la LRJ para todas las fundaciones del sector público.

cional, en ambos casos de manera mayoritaria, ya estaba prevista por la LFCV. Esta a su vez reprodujo los criterios fijados por la LF para las del sector público estatal<sup>19</sup>.

En otro orden de cosas, sería conveniente que la LFCV —como ya ocurre con las fundaciones del sector público estatal— añadiera el criterio político al económico para determinar la pertenencia al sector público de la Generalitat<sup>20</sup>. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJ) ha sumado a los elementos constitutivos del sector público fundacional estatal la disposición de la mayoría de los derechos de voto en el patronato<sup>21</sup>. De hecho, los estatutos de las fundaciones del sector público de la Generalitat deben garantizar la designación de la mayoría de patronos por los entes del sector público de la Generalitat<sup>22</sup>.

En conclusión si el artículo 157 LHP carece de relevancia jurídica. Podría haberse prescindido de él. Es más produce una situación que desde el punto de vista de técnica normativa no es recomendable: la duplicidad de regulaciones. Dos normas distintas —LFCV y LHP— contienen los aspectos esenciales de este tipo de entes instrumentales.

Creemos que la solución idónea hubiera sido otra, fundir en un único cuerpo legal —*v.gr.* la LHP— toda la normativa reguladora de las fundaciones del sector público de la Generalitat. La dispersión normativa de la legislación específica de las fundaciones del sector público de la Generalitat provoca cierta inseguridad jurídica a los responsables de este tipo de entes instrumentales. Doctrinalmente, desde hace tiempo, se viene denunciando «la ausencia de una regulación administrativa para las fundaciones que sea clara y determinante»<sup>23</sup>. Por estos motivos consideramos que las Cortes Valencianas han desaprovechado la ocasión para refundir en un mismo texto la «legislación específica» de las fundaciones a que hace referencia el propio artículo 157 LHP. Este criterio ha sido el adoptado por la LRJ para las fundaciones del sector público estatal<sup>24</sup>. Deroga el capítulo XI LF —el dedicado a estas— y

<sup>19</sup> Artículos 33 LFCV y 44 LF.

<sup>20</sup> Las fundaciones del sector público estatal adquieren tal condición no solo en función de un criterio económico (aportación inicial o patrimonio) sino también político (mayoría de derechos de voto en el patronato).

<sup>21</sup> Artículo 128.1 c LRJ.

<sup>22</sup> Artículo 34.2 LFCV.

<sup>23</sup> ALLI TURRILLAS, Juan Cruz (2010): *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, p. 453.

<sup>24</sup> El capítulo VII del título II LRJ aborda las fundaciones del sector público estatal. Su contenido es el siguiente: artículo 128. Definición y actividades propias; artículo 129. Régimen de adscripción de las fundaciones; artículo 130. Régimen jurídico; artículo 131. Régimen

unifica en el capítulo VII del título II buena parte de su legislación específica. Otras Comunidades Autónomas —Islas Baleares, Castilla y León y Cantabria— ya ordenan las fundaciones de su sector público en las leyes reguladoras del sector público institucional.

A día de hoy la Dirección General del Sector Público de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico está trabajando el borrador de la nueva Ley del sector público valenciano. Esperamos que no se limite a adecuar las normas reguladoras de las fundaciones del sector público de la Generalitat a la LRJ, sino que siguiendo la tendencia de las últimas leyes, añada el criterio político como determinante de la pertenencia al sector público fundacional autonómico y refunda en un único cuerpo toda la normativa de rango legal.

## **II. Reestructuración de las fundaciones del sector público de la Generalitat**

«El fenómeno de la expansión de las fundaciones del sector público se inició a mediados de los años noventa del siglo pasado, propiciado por la habilitación genérica que la Ley de Fundaciones de 1994 otorgaba a las Administraciones públicas para constituir fundaciones, y favorecido por una economía en constante crecimiento que permitió a la Administración pública ampliar su campo de actuación y acrecentar la gama de servicios ofrecidos a los ciudadanos, para lo cual se valió de los distintos resortes que el Derecho le ofrecía, entre ellos el recurso a las fundaciones controladas por la Administración»<sup>25</sup>.

Las fundaciones del sector público de la Generalitat, como tipología de fundación, arrancan con la Ley 11/2000, 28 diciembre, de la Generalitat, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana (LAP-01). Al modificar el TRLHP creó las funda-

---

de contratación; artículo 132. Régimen presupuestario, de contabilidad, de control económico-financiero y de personal; artículo 133. Creación de fundaciones del sector público estatal; artículo 134. Protectorado; artículo 135. Estructura organizativa; artículo 136. Fusión, disolución, liquidación y extinción. Un comentario de los mismos puede leerse en las aportaciones de Pilar GARCÍA RUIZ, Ignacio SERRANO BLANCO, Berta BERNAD SORJÚS y Anna María BURGUÉS PASCUAL a la obra dirigida por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (2016): *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 1650-1703.

<sup>25</sup> GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge (2013): «La reestructuración del sector público fundacional», *Anuario de Derecho de fundaciones* 2012, pp. 19 y 20.

ciones públicas de la Generalitat<sup>26</sup>. Las que se constituyeron con anterioridad, hasta 2001, funcionaron como fundaciones «privadas», sin estar sujetas al control económico-financiero de la Generalitat. Posteriormente la Ley 9/2008, de la Generalitat, incorporó un título III a la LFCV dedicado a las fundaciones promovidas por la Generalitat. Las rebautizó como fundaciones del sector público de la Generalitat —nombre con el que se las identifica en la actualidad— y añadió a las normas de estos patrimonios separados ciertas singularidades para su constitución, organización y funcionamiento.

Aunque la LAP-01 introdujo el concepto de fundación pública autonómica, y la Ley 9/2008, de la Generalitat la que estableció su régimen jurídico, sin embargo, no fue hasta 2010 cuando se aborda seriamente la contención de este tipo de entes instrumentales. Para ello se inició un proceso de adelgazamiento del sector público fundacional y se introdujeron una serie de controles externos a las fundaciones del sector público de la Generalitat. Los motivos son de sobra conocidos, la grave crisis económica iniciada en 2008. Esta circunstancia nos ofrece la oportunidad de exponer las actuaciones practicadas al efecto, tanto de ejecución (redimensionamiento) como normativas (racionalización).

## 1. *Redimensionamiento*

Las operaciones de redimensionamiento llevadas a término comenzaron a efectuarse en 2010. En ese año el sector público de la Generalitat estaba formado por 163 entidades, de las cuales 57 eran fundaciones y otras instituciones sin ánimo de lucro (OISAL)<sup>27</sup>. En concreto había 37 fundaciones del sector público de la Generalitat<sup>28</sup>. Adicionalmente, tanto en la actualidad como en 2010, el número de fundaciones participadas —aquellas en las que la aportación de la Generalitat al patrimonio permanente de la fundación no alcanza el 50%,— es y era de 25<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> El artículo 25 LAP-01, añadió un apartado 3 al artículo 5 TRLHP para reconocer las fundaciones públicas de la Generalitat.

<sup>27</sup> Informe sobre la reordenación del sector público autonómico. Situación a 1 de julio de 2012. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, p. 258.

<sup>28</sup> Informe de la Sindicatura de Cuentas de fiscalización de la cuenta general de la Generalitat del ejercicio de 2010, volumen IV, fundaciones del sector público de la Generalitat, pp. 19-22.

<sup>29</sup> En 2017 las Fundaciones de la Comunidad Valenciana (FCV) participadas minoritariamente por la Generalitat son las siguientes: 1) Fundación para el Desarrollo y la Innovación de la CV (0,05%). 2) FCV Oficina Valenciana para la Sociedad de la Información (0,2829 €). 3) FCV Museu-Arxiu de la Taronja (2,61%). 4) FCV Centro de Investigación Príncipe Feli-

Como se acaba de indicar es a partir de 2010 cuando comienza la reestructuración del sector público instrumental de la Generalitat. Según los datos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas este proceso se inicia a mediados de 2010. En puridad, no obstante, hay que retrotraerse un poco más, al momento de la aprobación de los presupuestos de la Generalitat para ese ejercicio, y particularmente, al tiempo la presentación de su anteproyecto en las Cortes Valencianas el 29 de octubre de 2009. En esta fecha el conseller de Economía y Hacienda<sup>30</sup> anuncia un Plan de Austeridad que iba a incidir, entre otras entidades, en 9 fundaciones del sector público de la Generalitat. Este Plan, no obstante, se concretaría formalmente ante el Consejo de Política Fiscal y Financiera el 14 de mayo de 2010<sup>31</sup>. Por lo que

---

pe (3,33%). 5) FCV Patrimonio Industrial de Sagunto (3,88%). 6) FCV para el Medio Ambiente (4,16%). 7) FCV para la Formación, Estudios y Convivencia Manuel Broseta (4,77%). 8) Fundación Pere Compte de la CV (6,25%). 9) Fundación Max Aub de la CV (11,11%). 10) FCV Jaume II el Just (12,5%). 11) FCV para la Restauración de la Basílica de la Mare de Déu del Desamparts (14,29%). 12) FCV Museo Arqueológico de Alicante-MARQ (14,54%). 13) Fundación para la Ética de los Negocios y de las Organizaciones FCV (16,67%). 14) FCV para la Investigación, promoción y Estudios Comerciales Valenciaport (19,5%). 15) Fundación Museo Valenciano del Juguete de la CV (23,4%). 16) Fundación para la Promoción del Triángulo Alicante-Elche-Santa Pola (23,53%). 17) Fundación Cultural de la CV Miguel Hernández (28,53%). 18) FCV Blasco de Alagón (36,23%) 19) Fundación de la Solidaridad y el Voluntariado de la CV (44,44%). 20) Instituto Valenciano de la Edificación FCV (45,38%). 21) Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros de la CV (49,3%). 22) FCV Els Ports i el Maestrat (49,8%). 23) Fundación Premios Jaime I de la CV (50%). 24) Fundación Centro de Estudios para la Integración Social y Formación de Inmigrantes FCV (50%). 25) Fundación Gent per Gent de la CV (50%).

Debe añadirse a lo anterior lo siguiente: 1) El 23 de diciembre de 2016 el secretario autonómico de Justicia ratificó el acuerdo de extinción de la Fundación Centro de Estudios para Integración Social y Formación de Inmigrantes FCV. 2) El 28 de abril de 2017 la Fundación Gent per Gent de la CV presentó la documentación relativa a la liquidación y solicitó la baja registral. 3) El 27 de junio de 2017 el patronato de la FCV Jaume II el Just acordó iniciar los trámites para su extinción. (Servicio de Entidades Jurídicas de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas).

<sup>30</sup> Gerardo Camps Devesa.

<sup>31</sup> El Plan de Austeridad de la Generalitat, aprobado por el Consell el 14 de mayo de 2010, tiene su origen en el acuerdo 1/2010, de 22 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, por el que se aprueba el acuerdo marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013. Entre los compromisos de este acuerdo se incluyó la aprobación por parte de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía, en un plazo de tres meses, de un plan de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativo y empresarial, con el objetivo de mejorar la eficiencia y reducir el gasto público.

Hay que señalar que al tiempo de la presentación de los presupuestos de la Generalitat para 2010 ya se anunció la incidencia sobre 9 fundaciones y 6 empresas públicas (<http://www.europapress.es/comunitat-valenciana/noticia-presupuestos-generalitat-2010-destinan-11483-millones-gasto-social-21-mas-2008-20091029163850.html>). En este sentido la DA 18 de la Ley

respecta a las fundaciones, el Plan de Austeridad previó la extinción o fusión de 6 de ellas. Adicionalmente se liquidó otra inicialmente no prevista, la Fundación de Derechos Humanos de la Comunidad Valenciana<sup>32</sup>.

Un segundo impulso fue dado con el Plan de Racionalización del Sector Público Fundacional de 2 de diciembre de 2011. Con él se propuso extinguir por liquidación o fusión 12 fundaciones más<sup>33</sup>. Meses más tarde, el 3 de

---

13/2009, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de presupuestos de la Generalitat para 2010, autorizó al Consell para que durante 2010, mediante decreto, a propuesta de la conselleria con competencias en las áreas de economía y hacienda, pudiera proceder a suprimir, refundir y modificar la naturaleza de las personas jurídico-privadas o públicas del sector público de la Generalitat (Informe sobre la reordenación del sector público autonómico. Situación a 1 de enero de 2017, pp. 129-135).

<sup>32</sup> El Plan de Austeridad, aprobado por acuerdo del Consell de 14 de mayo de 2010 afectó a las siguientes Fundaciones de la Comunidad Valenciana (FCV): 1) La FCV para la Investigación del Audiovisual; fue dada de baja en registro de fundaciones (en adelante BRF) el 3 de enero de 2011. 2) La FCV frente a la Discriminación y los Malos Tratos Tolerancia Cero; fue absorbida por la FCV para la Atención a las Víctimas del Delito y Encuentro Familiar produciéndose la BRF de aquella el 3 de febrero de 2011. 3) La FCV de las Artes; se creó por fusión de las FCV Ciudad de las Artes Escénicas y para la Promoción de las Artes Contemporáneas. La creación de aquella y la BRF de estas se produjo el 8 de marzo de 2011. 4) La FCV Gestión y Eficiencia Empresarial; se extinguío el 3 de octubre de 2011 (BRF). 5) La FCV Marca de Garantía Puerto de Valencia; se extinguio el 31 de julio de 2013 (BRF). 6) La FCV para el Medio Ambiente, aunque inicialmente estaba previsto su extinción, en la actualidad no forma parte del sector público fundacional de la Generalitat. Su participación constituye el 4,16 del patrimonio fundacional permanente. El motivo de este cambio puede que fuera un error respecto de su condición. Probablemente no formaba parte del sector público de la Generalitat en 2010. De hecho los informes sobre la reordenación del sector público autonómico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a partir de enero de 2014, ya no se refieren a ella al mencionar los entes afectados por el Plan de Austeridad. 7) A pesar de estar no estar prevista su extinción por el Plan de Austeridad, la Fundación de los Derechos Humanos de la CV se extinguio el 15 de marzo de 2011 (BRF) (Informe sobre la reordenación del sector público autonómico. Situación a 1 de enero de 2017).

<sup>33</sup> El Plan de Racionalización del Sector Público Fundacional, aprobado por el Consell de 2 de diciembre de 2011, además de las FCV Marca Garantía Puerto de Valencia y para el Medio Ambiente, citadas, se proyectó sobre las siguientes FCV: 1) La FCV para la Investigación en el Hospital Universitario Dr. Peset; fue absorbida por la Fundación para el Fomento de la Investigación Sanitaria y Biomédica de la CV produciéndose su BRF el 27 de julio de 2012. 2) La Fundación Pro Esport de la CV; se extinguio el 22 de marzo de 2013 (BRF). 3) La FCV para la Calidad de la Educación; se extinguio el 8 de mayo de 2013 (BRF). Sus funciones pasaron a ser desempeñadas por la Agencia Valenciana d'Avaluació i Prospectiva. 4) La FCV para la Prevención de Riesgos Laborales; se extinguio el 10 de mayo de 2013 (BRF). 5 y 6) Las FCV para la Investigación del Hospital General de Alicante y la Investigación Biomédica, Docencia y Cooperación Internacional del Hospital de Elche; fueron absorbidas por la Fundación para el Fomento de la Investigación Sanitaria y Biomédica de la CV produciéndose la BRF de aquellas el 23 de mayo de 2013. 7) La FCV Costa Azahar Festivales; se extinguio el 18 de julio de 2013 (BRF). 8) La Fundación del Cooperativismo

agosto de 2012, se aprobó la segunda fase de este Plan con el propósito de liquidar, fusionar o sacar de la órbita del sector público de la Generalitat otras 7 fundaciones<sup>34</sup>.

Finalmente el Decreto-ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de medidas de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional de la Generalitat, ordenó realizar las actuaciones oportunas para procurar la extinción o pérdida del carácter de fundación de sector público de la Generalitat de otras 4 fundaciones<sup>35</sup>. La Ley 1/2013, de 23 de mayo,

---

FCV; se extinguió el 22 de noviembre de 2013 (BRF). 9) La FCV Agua y Progreso; se extinguió el 5 de diciembre de 2013 (BRF). 10) La F Medioambiental de la CV Buseo; se extinguió el 26 de diciembre de 2013 (BRF). 11) La FCV de la Calidad se extinguió el 30 de junio de 2014 (BRF). Sus funciones pasaron a ser desempeñadas por la Agencia Valenciana d'Avaluació i Prospectiva. 12) La FCV para el Estudio de la Violencia Centro Reina Sofía; se encuentra en fase de extinción judicial como consecuencia de la acción de la Abogacía de la Generalitat (Informe sobre la reordenación del sector público autonómico. Situación a 1 de enero de 2017).

<sup>34</sup> El acuerdo del Consell de 9 de agosto de 2012, aprobatorio de la segunda fase del Plan de Racionalización del Sector Público Fundacional, afectó a las siguientes FCV: 1) La Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros de la CV; perdió el carácter de fundación del sector público. La resolución del secretario autonómico de Justicia de 1 de abril de 2013 declaraba la pérdida de condición de fundación del sector público de la Generalitat al verse minorada la aportación de la Generalitat al patrimonio permanente al 49,3%. 2) La FCV Generalitat-Iberdrola; se extinguió el 4 de julio de 2013 (BRF). 3) La FCV de las Artes y de las Ciencias; se extinguió el 29 de enero de 2014 (BRF). 4) La FCV para el Estudio, Prevención y Asistencia a las Drogodependencias; se extinguió el 30 de enero de 2015 (BRF). 5) La FCV La Luz de las Imágenes; se encuentra en fase de extinción. El 17 de diciembre de 2014 su patronato acordó la extinción. 6) La Fundación Servicio Valenciano de Empleo de la CV; se encuentra en fase de liquidación. El 22 de marzo de 2013 el Protectorado ratificó el acuerdo de extinción de su patronato. 7) La FCV de las Artes; se encuentra en fase de liquidación. El 15 de noviembre de 2013 el Protectorado ratificó su extinción (Informe sobre la reordenación del sector público autonómico. Situación a 1 de enero de 2017 y Servicio de Entidades Jurídicas de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas).

<sup>35</sup> El mandato de extinción del artículo 13 y la DA 8 de la Ley 1/2013, de la Generalitat, se extendió a las siguientes FCV: 1) La Fundación Oftalmológica del Mediterráneo de la CV; fue absorbida por la Fundación para el Fomento de la Investigación Sanitaria y Biomédica de la CV produciéndose la BRF de aquella el 11 de diciembre de 2013. 2) La Fundación Centro de Estudios Ciudad de la Luz de la CV; se encuentra en fase de extinción. El 17 de septiembre de 2013 su patronato acordó el extinción. 3) La fundación Instituto Portuario de Estudios y Cooperación de la CV mantiene el carácter de fundación del sector público de la Generalitat. Actualmente la aportación de la Generalitat constituye el 50,9% de su patrimonio permanente. Está prevista su salida del sector público fundacional de la Generalitat así como del Inventario de Entes del Sector Público Estatal, Autonómico y Local (el acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de junio de 2011 ya había ordenado la pérdida de la condición de fundación del sector público estatal). Sin embargo, a día de hoy, aún no se ha realizado una aportación privada a su patrimonio fundacional en cantidad suficiente. 4) La

de la Generalitat, al tratarlo como proyecto de ley, mantuvo el mandato en los mismos términos.

En la actualidad, de las 30 fundaciones incluidas en el proceso de redimensionamiento se han dado de baja en el registro de fundaciones 21 y 2 han perdido la condición de fundación del sector público autonómico. De las 7 restantes, la Abogacía General de la Generalitat ha promovido la acción judicial para extinción de la Fundación de la Comunidad Valenciana (en adelante FCV) para el Estudio de la Violencia Centro Reina Sofía, circunstancia cuanto menos curiosa<sup>36</sup>. Dos tienen pendiente la ratificación por el Protectorado del acuerdo de extinción de sus patronatos<sup>37</sup>, y otras 2 se encuentran en fase de liquidación tras haberse ratificado el acuerdo de extinción<sup>38</sup>. Finalmente la FCV Palau de les Arts Reina Sofía ha sido excluida del proceso de reestructuración, y en la fundación Instituto Portuario de Estudios y Cooperación de la Comunidad Valenciana (en los sucesivo CV), la Generalitat todavía conserva una participación mayoritaria en el patrimonio permanente<sup>39</sup>.

Como incidencia cabe señalar que la FCV para el Medio Ambiente, aunque inicialmente según el Plan de Austeridad iba a ser extinguida, al final quedó fuera del sector público fundacional de la Generalitat. Es posible que su inclusión en el Plan de 2010 fuera un error y que la participación de la Generalitat por aquel entonces no fuera mayoritaria en el patrimonio permanente. De hecho los informes del Ministerio de Hacienda y Administración Pública sobre la reordenación del sector público autonómico, a partir de enero de 2014, ya no se refieren a ella entre los entes incluidos en el Plan de Austeridad. En ese caso las fundaciones afectadas habrían sido 29 en vez de 30.

---

FCV Palacio de las Artes Reina Sofía; ha quedado excluida del proceso de reestructuración. Aunque el artículo 13 del Decreto-ley 7/2012, del Consell —también la Ley 1/2013, de la Generalitat, que lo trató como proyecto de ley— previeron su extinción, el artículo 102 de la Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, modificó ambas. La redacción actual contempla la suscripción de convenios de colaboración entre la Fundación y la entidad de derecho público CulturArts Generalitat (Informe sobre la reordenación del sector público autonómico. Situación a 1 de enero de 2017 y Servicio de Entidades Jurídicas de la Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas).

<sup>36</sup> La justificación oficial es la imposibilidad de acordar, por renuncia de los patronos, su extinción.

<sup>37</sup> Las FCV Luz de las Imágenes y Centro de Estudios Ciudad de la Luz.

<sup>38</sup> La Fundación Servicio Valenciano de Empleo de la CV y la FCV de las Artes.

<sup>39</sup> Aún no se ha encontrado una aportación privada que permita minorar la aportación de la Generalitat a su patrimonio permanente.

Si lo escrito en el párrafo anterior se pone en relación con los entes del sector público fundacional que en la actualidad existen se llega a la conclusión de que en 5 años se ha desandado lo que se había recorrido en los 10 anteriores, esto es, desde el momento en que se positiviza en el ordenamiento jurídico valenciano la categoría de fundación pública de la Generalitat Valenciana con la LAP-01. Si ese año había 15 fundaciones públicas de la Generalitat<sup>40</sup>, a día de hoy el sector público fundacional de la Generalitat está formado por 10 fundaciones<sup>41</sup>, a las que hay que añadir otras 5 pendientes de baja en el registro de fundaciones<sup>42</sup>. Si en la fundación Instituto Portuario de Estudios y Cooperación de la CV llegase a perder la participación mayoritaria, el número de fundaciones del sector público de la Generalitat sería 9. A mayor abundamiento, de las fundaciones que subsisten en la actualidad, solo habían sido creadas en el año 2000 la FCV Centro de Estudios Ambientales del Mediterráneo (1991) y la Fundación para la Investigación Biomé-

---

<sup>40</sup> Según consta en el informe de fiscalización de la cuenta general de la Generalitat Valenciana, de la Sindicatura de Cuentas del ejercicio 2001, volumen VI, Fundaciones Públicas de la Generalitat Valenciana y Cámaras de Comercio de la Comunidad Valenciana (p. 18), en esa fecha existían las siguientes fundaciones públicas: 1) Fundación Centro de Estudios Ambientales del Mediterráneo. 2) Fundación Servicio Valenciano de Empleo de la CV. 3) FCV para la Prevención de Riesgos Laborales. 4) FCV La Luz de las Imágenes. 5) FCV Ciudad de las Artes Escénicas. 6) FCV Bienal de las Artes. 7) Fundación Oftalmológica del Mediterráneo de la CV. 8) Fundación Generalitat Valenciana-Iberdrola. 9) FCV para el Estudio de la Violencia. 10) Fundación Valenciana de la Calidad. 11) Fundación Instituto de Propietarios Extranjeros de la CV. 12) Fundación para la Investigación Hospital Clínico. 13) FCV para la Investigación del Audiovisual. 14) Fundación Centro de Estudios para la Integración Social y Formación de Inmigrantes FCV. 15) Fundación Museo de las Ciencias Príncipe Felipe.

<sup>41</sup> Según resulta del artículo 2.6 de la Ley 14/2016, de la Generalitat, de 30 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat para 2017 (LPG-17), los presupuestos de la Comunidad Autónoma financian las siguientes fundaciones del sector público de la Generalitat: 1) FCV Centro de Estudios Ambientales del Mediterráneo. 2) Fundación Instituto Portuario de Estudios y Cooperación de la CV. 3) FCV Atención a las Víctimas del Delito y Encuentro Familiar. 4) FCV para la Investigación Biomédica, la Docencia y la Cooperación Internacional y para el Desarrollo del Hospital Clínico Universitario de Valencia. 5) FCV para el Fomento de los Estudios Superiores (sucesora de la Fundación de la Comunidad Valenciana Universidad Internacional Valenciana). 6) Fundación de la Comunidad Valenciana-Región Europea. 7) Fundación para el Fomento de la Investigación Sanitaria y Biomédica de la CV. 8) FCV Palau de les Arts Reina Sofía. 9) FCV para la Investigación Agroalimentaria. 10) Fundación para la Investigación del Hospital Universitario de la Fe de la CV. La LPG-17 también financia la FCV Jaume II el Just y la Fundación para el Desarrollo e Innovación de la CV, participadas minoritariamente por la Generalitat.

<sup>42</sup> FCV para el Estudio de la Violencia Centro Reina Sofía, Centro de Estudios Ciudad la Luz, La Luz de las Imágenes, de las Artes y Fundación Servicio Valenciano de Empleo de la CV.

dica, la Docencia y la Cooperación Internacional y para el Desarrollo del Hospital Clínico Universitario de Valencia (2000)<sup>43</sup>.

Interesa resaltar que, dejando de lado las dos fundaciones que han perdido la condición de ente instrumental de la Generalitat<sup>44</sup>, el resto han sido objeto de fusión o liquidación. Con sus medios materiales y personales se ha procedido del siguiente modo:

a) En las fundaciones liquidadas, el remanente de sus bienes y derechos ha ido a parar a la Generalitat o un organismo público dependiente o vinculada a ella. Para que así fuera la DA 1 del Decreto 83/2012, de 1 de junio, del Consell, ordenó a los patronatos de todas las fundaciones del sector público de la Generalitat proceder a modificar sus estatutos con el fin de prever la designación de la Comunidad Autónoma o alguno de sus entes públicos como beneficiarios de su patrimonio resultante. Esta disposición general aprobó el Reglamento de la Corporación Pública Empresarial Valenciana y desarrolló el Decreto-ley 1/2011, del Consell, de medidas urgentes de régimen económico-financiero del sector público empresarial y fundacional, el conocido como Decreto-ley Verdeguer.

b) En cuanto al personal, el de las extinguidas ha sido despedido en el curso de expedientes de regulación de empleo. El de las fusionadas, dejando de lado los eventuales despidos individuales o colectivos que han tenido lugar, se ha integrado en la fundación absorbente o de nueva creación.

Aunque no ha llegado a ser utilizado con las fundaciones del sector público autonómico, que expresamente desde 2014 pueden integrarse en la Generalitat o transformarse en entidad de derecho público<sup>45</sup>, queremos dejar constancia que la legislación específica del sector público empresarial y fundacional de la Generalitat contempla la incorporación del personal de aquellas en estas. Para ese caso, los trabajadores con contrato temporal continuarían prestando sus servicios hasta la extinción del contrato. En cambio «el personal no temporal» de las fundaciones afectadas por la Ley 1/2013, de la Ge-

<sup>43</sup> Alta en el registro de fundaciones el 29 de julio de 1991 y 6 de septiembre de 2000 (Servicio de Entidades Jurídicas de la Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas).

<sup>44</sup> Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros de la CV, y en su caso, la FCV para el Medio Ambiente.

<sup>45</sup> El Plan de Racionalización del Sector Público Fundacional, aprobado por el Consell de 2 de diciembre de 2011, previó que las funciones de las FCV para la calidad de la Educación y de la Calidad fueran asumidas por la AVAP. El artículo 14 de la Ley 1/2013, de la Generalitat, dispone que las funciones de la FCV La Luz de las Imágenes sean desempeñadas en el futuro por CulturArts Generalitat.

neralitat, desde la Ley 7/2014, de la Generalitat, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat (LAP-15), «asumen el ejercicio de sus funciones con la condición “a extinguir” y sin que en ningún caso este personal adquiera la condición de empleado público»<sup>46</sup>. Inicialmente la Ley 1/2013, de la Generalitat, preveía que la «integración, en ningún caso, supondrá la adquisición de la condición de fijo», y se entendía sin perjuicio de la posibilidad de amortizar la plaza<sup>47</sup>.

Con esta reforma —pactada con los sindicatos más representativos— los trabajadores que se encuentren en esta situación ya no tendrían que superar un proceso selectivo para mantener el puesto de trabajo. En efecto, como trabajadores asimilados a los indefinidos no fijos de plantilla, en principio, solo tenían garantizada su continuidad hasta que sus respectivas plazas fuesen amortizadas u ofertadas para ser provistas mediante el correspondiente proceso selectivo.

Como crítica resaltamos que la Ley guarda silencio sobre su régimen laboral. Son empleados que a pesar de trabajar en entidades sujetas a la normativa de los empleados públicos (texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de ordenación y gestión de la función pública valenciana, en adelante TREBEP y LOGFPV) se rigen solamente por el Estatuto de los Trabajadores y ciertos principios del TREBEP y la LOGFPV<sup>48</sup>. No son empleados públicos. Esta anomalía puede provocar desigualdades de trato que convendría minimizar mediante convenios de empresa o de ámbito superior.

Para terminar señalamos que, en el mes de julio de 2017, la Generalitat anunció la intención de crear una nueva fundación del sector público, la

<sup>46</sup> DA 3.3 Ley 1/2013, de la Generalitat, modificada por el artículo 131 LAP-15.

<sup>47</sup> Llama la atención el empleo del giro «personal no temporal». Comprende tanto al personal fijo, aquel que ha superado un proceso selectivo, como el indefinido no fijo, es decir el que por haber sido contratado temporalmente en fraude de ley, tiene la posibilidad de permanecer en el puesto de trabajo hasta que este sea amortizado o provisto reglamentariamente.

Una interpretación literal de la DA 3.3 de la Ley 1/2013, de la Generalitat, implicaría que no solo el personal fijo —sino también el indefinido no fijo— tendría derecho a la estabilidad laboral en tanto en cuanto no fuera despedido. Lo anterior supondría que por ministerio de la ley, las Cortes Valencianas —sin competencia en materia de legislación laboral— estarían atribuyendo la fijeza a personas que no han superado un proceso selectivo, y por lo tanto infringiendo el «derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones» públicas proclamado en el artículo 23.2 CE.

<sup>48</sup> DA 1 TREBEP y artículo 17 Decreto-ley 1/2011, del Consell.

Fundación de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana. Esta «sucedería» a la fundación privada del mismo nombre, cuyas deudas dificultan su continuidad<sup>49</sup>.

## 2. *Racionalización*

Por racionalización entendemos en estas páginas el conjunto de disposiciones generales aprobadas por el Consell o las Cortes Valencianas a partir de 2011 para ordenar y controlar externamente la actuación de las fundaciones del sector público de la Generalitat. Forman parte de la legislación específica de las fundaciones del sector público autonómico, la que en nuestra opinión debiera haber incorporado la LHP en un texto único. A diferencia de la introducida con anterioridad, que es «declaradamente tributaria de la concepción formal del derecho constitucional de fundación»<sup>50</sup>, esta es funcional y refuerza la instrumentalidad de las fundaciones del sector público.

La legislación sectorial para controlar estas fundaciones —con el precedente de la Ley 9/2008, de la Generalitat— comienza con el Decreto-ley Verdeguer<sup>51</sup>, el Decreto-ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Consell, de medidas urgentes de régimen económico-financiero del sector público empresarial y fundacional. En efecto, en 2008 se añadió un título III a la LFCV dedicado a las fundaciones del sector público de la Generalitat, señalando una serie de pautas. «Hablamos de pautas porque por su vaguedad difícilmente puede considerarse un régimen jurídico»<sup>52</sup>. En cambio desde 2011 han ido introduciéndose una pluralidad de controles en las diversas áreas de su actividad.

Con posterioridad al Decreto-ley Verdeguer las innovaciones normativas se han realizado, las más de las veces mediante las leyes de acompañamiento

<sup>49</sup> La Fundación de Arbitraje Laboral es un fundación privada cuya financiación asume íntegramente la Generalitat mediante subvenciones anuales. Su patronato está integrado, además de por un secretario, por la directora general de trabajo (presidenta), dos vocales de la Confederación de Organizaciones Empresariales de la Comunidad Valenciana, un vocal de la Unión General de Trabajadores y otro de Comisiones Obreras (<http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2017/07/12/59652a1b22601d0d068b4608.html>).

<sup>50</sup> GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge (2013): «La reestructuración del sector público fundacional», *op. cit.*, p. 24.

<sup>51</sup> Así conocido por haber sido promovido por el conseller de Economía, Industria y Comercio Enrique Verdeguer Puig, economista del Estado y técnico comercial.

<sup>52</sup> GARCÍA MENGUAL, Fernando (2015): *El Derecho de fundación: perfiles constitucionales*, tesis doctoral, Universidad de Valencia, p. 528.

a los presupuestos de la Generalitat, implementadas en su caso con el oportuno desarrollo reglamentario.

Con el fin de facilitar la comprensión de estos controles haremos referencia a los siguientes áreas: constitución y adquisición sobrevenida, estatutos, personal, contratación, negocios patrimoniales, convenios de colaboración, actividad de fomento, control económico-financiero y fusión, integración, transformación y extinción.

a) Constitución y adquisición sobrevenida. Según resulta de la LFCV, tanto la constitución como la adquisición sobrevenida de la condición de fundación del sector público de la Generalitat —por cesiones y aportaciones de bienes y derechos así como por fusión o cualesquiera otros actos o negocios— deberán ser autorizadas por el Consell<sup>53</sup>. En los supuestos de constitución y cesión y aportación de bienes y derechos el expediente que se someta al consejo de gobierno deberá constar un documento contable sobre la valoración de las aportaciones y una memoria económica<sup>54</sup>.

b) Estatutos. La constitución de una fundación precisa la aprobación de unos estatutos. Si aquella va a ser un ente instrumental de la Generalitat, antes de autorizarse por el Consell su constitución, los estatutos de la misma deberán ser informados por la Abogacía de la Generalitat, la conselleria competente en materia de sector público y el Registro de Fundaciones<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> El artículo 34.1 LFCV impone la autorización del Consell para la constitución o adquisición sobrevenida de la condición de fundación del sector público por cesión o aportación de bienes o derechos. Novedosamente el artículo 36.1 LFCV —introducido por el art. 159 LAP-14— extiende el trámite autorizatorio a todos aquellos actos o negocios por los que una fundación preexistente adquiere la condición de fundación del sector público de la Generalitat (*v. gr.* fusión).

<sup>54</sup> La documentación contable deberá constatar «la realidad de la aportación dineraria de la Generalitat a la dotación. En caso de efectuarse aportación no dineraria, habrá de añadirse la relación de los bienes y derechos previstos a los que alcance, valorados conforme a criterios generalmente aceptados, suscrita por el subsecretario de la conselleria proponente; o, en el caso de entidades del sector público valenciano, por experto independiente y visada por quien ostente las máximas facultades de gestión ordinaria de las mismas. Y, en cualquier caso, una memoria económica, elaborada por la conselleria o entidad proponente, en la que se justifique la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, si se previesen, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad» (art. 34.2 LFCV).

<sup>55</sup> «Será preceptivo el informe de la Abogacía General de la Generalitat en los siguientes casos: Los estatutos y reglas de régimen interno de las (...) fundaciones vinculadas o dependientes de la Generalitat» (art. 5.2 i de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de asistencia jurídica a la Generalitat). «Se incluirá, asimismo, sin perjuicio de cuantos otros resultaren preceptivos, un informe sobre la adecuación a la legalidad de los Estatutos que vayan a someterse a aprobación, emitido por el citado Registro de Fundaciones» (art. 35.3

También será necesario obtener los citados informes y la mencionada autorización para modificar los estatutos de las fundaciones del sector público de la Generalitat<sup>56</sup>.

Las modificaciones estatutarias —también la primera aprobación— deberán garantizar la designación por los entes del sector público de la Generalitat de la mayoría de los patronos<sup>57</sup>.

c) Personal. «La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria»<sup>58</sup>. También lo dispuesto en los «artículos 52,53,54, 55 y 59» TREBEP<sup>59</sup>. Se trata de los principios relativos al código de conducta, los principios éticos, el acceso al empleo y la adquisición de la relación de servicio y la reserva de un porcentaje de puestos para personas con discapacidad.

El personal de las fundaciones será laboral y estará sujeto al régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas cuando sus «presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por cien con subvenciones u otros ingresos procedentes de» aquellas<sup>60</sup>.

Desde 2010 las distintas leyes de presupuestos generales del Estado vienen estableciendo una tasa de reposición a todas las entidades del sector público ciñéndola, además, a determinados colectivos. El resto de contrataciones están limitadas a «casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores o funciones que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales». Los contratos que se suscriban deberán ser en todo caso temporales<sup>61</sup>. Tam-

---

LFCV). De acuerdo con el art. 107 LAP-14, éste órgano deberá pronunciarse «en la tramitación de cualquier modificación que afecte a (...), estatutos (...) de las entidades definidas en el art. 2, apartados 2 y 3, del Decreto Ley 1/2011» del Consell, y por lo tanto a las fundaciones del sector público de la Generalitat. La redacción de este precepto es la resultante del artículo 127 LAP-15. Su razón de ser es extender el artículo 107 LAP-14 al sector público fundacional.

<sup>56</sup> Tanto el artículo 34.4 LFCV como el 56.1 RFCV de su reglamento de desarrollo, aprobado por el Decreto 68/2011, de 27 de mayo, del Consell, señalan «la obligación del Patronato de recabar la autorización previa de aquél [del Consell] acerca del contenido de las futuras modificaciones estatutarias». En cuanto a los informes nos remitimos a los preceptos reseñados en la anterior nota a pie de página.

<sup>57</sup> Artículo 34.2 LFCV.

<sup>58</sup> Artículo 35.4 LFCV, incluido por la Ley 9/2008, de la Generalitat.

<sup>59</sup> DA 1 TREBEP.

<sup>60</sup> Artículo 2.1 g) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, añadido por la DF 3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>61</sup> DA 20.4 LAP-17.

bien establecen límites para el incremento de la masa salarial y el aumento de las retribuciones.

Hasta aquí las prescripciones generales aplicables a las fundaciones del sector público. En la Comunidad Valenciana el Decreto-ley Verdeguer obliga a aprobar periódicamente instrumentos de ordenación de recursos humanos, prohíbe la contratación de asesores y crea la figura del personal directivo<sup>62</sup>. Esta última será analizada al final del apartado.

—Instrumentos de ordenación de los recursos humanos. El R.F.C.V, entre la relación de puestos de trabajo y la plantilla ha optado por esta última. En la plantilla deberá reflejarse «las funciones a desarrollar, los requisitos de formación necesarios y la retribución de cada puesto, que deberá ser aprobada por el Patronato de las mismas. No será posible la contratación de personal alguno si previamente el puesto de trabajo no se encuentra recogido en la plantilla aprobada y la persona seleccionada no reúne los requisitos previstos»<sup>63</sup>.

La aprobación de plantillas, estando las fundaciones del sector público en un proceso de reestructuración, no ha sido sencilla. De hecho, buena parte de los entes del sector público empresarial y fundacional han venido incumpliendo lo ordenado por el Decreto-ley Verdeguer. El motivo han sido los problemas, de clasificación y retributivos, derivados de la integración del personal afectado por el proceso de reestructuración<sup>64</sup>. De hecho la LAP-15 autorizó una *dilata* para aprobar las plantillas hasta el 30 de junio de 2015<sup>65</sup>. En la actualidad todas la fundaciones del sector público de la Generalitat han aprobado sus plantillas.

—Personal de confianza. El Decreto-ley 1/2011, al impedir que las fundaciones puedan tener personal eventual a su servicio, ha llevado a despedir —y en principio a amortizar los puestos— de quienes venían desempeñando funciones de confianza o asesoramiento especial. Como quiera que la adquisición de la condición de funcionario de carrera exigía un dilatado procedimiento y el incremento de personal eventual en la Presidencia y los depar-

<sup>62</sup> Artículos 18.1 y 9 y 19 Decreto-ley Verdeguer.

<sup>63</sup> Artículo 57.1 R.F.C.V.

<sup>64</sup> La solución a la que se ha llegado para evitar la pérdida de poder adquisitivo en el caso de fusión de fundaciones ha sido el reconocimiento de complementos personales de garantía absorbibles.

<sup>65</sup> De acuerdo con la DF 1 LAP-15 «la publicación de la relación de puestos de trabajo o plantillas a que hace referencia el artículo 18 del Decreto ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Consell, de Medidas Urgentes de Régimen Económico Financiero del Sector Público Empresarial y Fundacional, se producirá antes del 30 de junio de 2015».

tamentos del Consell era objeto de crítica periódica, la contratación de asesores de entes del sector público era utilizada en ocasiones como mecanismo de distracción.

Complementariamente la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de asistencia jurídica a la Generalitat (LAJG) supedita la formalización de contratos laborales de asistencia jurídica a la obtención de una autorización del abogado general de la Generalitat. Se exceptúan los de duración inferior al año<sup>66</sup>.

Adicionalmente la Ley de 14/2016, de 30 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio de 2017 prohíbe que las indemnizaciones por despido, cese o extinción del personal laboral sean «superiores a las establecidas por disposición legal de derecho necesario»<sup>67</sup>.

d) Contratación. «Su contratación se ajustará a lo regulado para este tipo de fundaciones en la legislación en materia de contratos del sector público»<sup>68</sup>. A día de hoy es pacífica la consideración de las fundaciones del sector público como poderes adjudicadores distintos de una Administración Pública a efectos del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público<sup>69</sup>.

La LFCV precisa que la memoria de las cuentas anuales deberá contener una mención «sobre el ajuste de su contratación en dicho ejercicio a lo regulado para este tipo de fundaciones en la legislación en materia de contratos del sector público»<sup>70</sup>. La autocontratación deberá ser autorizada por el Consell<sup>71</sup>.

Adicionalmente el Decreto-ley Verdeguer exige autorización previa de determinados contratos y la obligación de incluir ciertas prescripciones en las instrucciones de contratación de los contratos no sujetos a regulación armonizada.

—Autorización del Consell o de los consellers. Tanto la autorización como la resolución de los contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.000.000 € deberá ser autorizado por el Consell. En el primer caso antes de iniciar el procedimiento y después de ser informado por las consellerías

<sup>66</sup> Artículo 5.5 LAJG.

<sup>67</sup> Artículo 39.2 LPG-17.

<sup>68</sup> Artículo 35.5 LFCV.

<sup>69</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago (2010): «Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, pp. 153-178.

<sup>70</sup> Artículo 57.2 RFCV.

<sup>71</sup> Artículo 57.3 RFCV.

competentes en materia de hacienda y sector público. Esta cantidad podrá ser modificada al alza o a la baja por las leyes de presupuestos. Estas leyes, o en su defecto una resolución del conseller del ramo, podrán señalar un umbral a partir del cual los contratos deban ser autorizados por el conseller de adscripción de la fundación<sup>72</sup>.

—Instrucciones de contratación. Las instrucciones de contratación de las fundaciones del sector público de la Generalitat deberán incluir como contenido necesario la elaboración de una memoria, antes de iniciar la licitación de cada contrato, en la que se justifique la naturaleza y extensión de las necesidades a cubrir, la idoneidad del contrato, la estimación y adecuación del precio y el procedimiento de adjudicación. Además el umbral económico de los contratos menores no podrá superar el previsto para los contratos administrativos. Este mismo límite se aplica para los procedimientos negociados por razón de la cuantía<sup>73</sup>. Las instrucciones deberán ser informadas por la Abogacía de la Generalitat<sup>74</sup>.

Paralelamente LAJG impone la necesidad de obtener autorización del abogado general de la Generalitat para suscribir contratos de asistencia jurídica —incluyendo las funciones de secretaría de órganos colegiados—, representación y defensa en juicio<sup>75</sup>.

e) Negocios patrimoniales. Los contratos sobre bienes y derechos de las fundaciones del sector público de la Generalitat quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas, y 14/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, de patrimonio de la Generalitat Valenciana. Ahora bien, «sin perjuicio de la preceptiva autorización del Protectorado de Fundaciones de la Generalitat, los actos de enajenación y gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales (...), requerirán autorización previa mediante Acuerdo del Consell»<sup>76</sup>.

f) Convenios de colaboración. Los convenios son el cauce de formalización de numerosas relaciones de cooperación, tanto con entidades del sector público como con el privado. En la actualidad rige el Decreto 176/2014, de 10 de octubre, del Consell, por el que regula los convenios que

<sup>72</sup> Artículo 12 Decreto-ley Verdeguer modificado por el artículo 128 LAP-15.

<sup>73</sup> A día de hoy 50.000 € y 1.000.000 € para los contratos de obras y 18.000 € y 100.000 € para el resto (art. 138.3 y 171. d, 173 f, 174 f y 175 TRLCSP).

<sup>74</sup> Artículo 191 b) TRLCSP en relación con el artículo 5.2 c) LAJG.

<sup>75</sup> Artículo 5.4 LAJG.

<sup>76</sup> Artículo 57.3 RFCV.

suscriba la Generalitat y su registro. Es de aplicación parcial a las fundaciones del sector público de la Generalitat. En concreto les impone los siguientes trámites: en todo caso, inscripción en el Registro de Convenios de la Generalitat; cuando tengan contenido económico, autorización del Consell, previo informe de la Abogacía de la Generalitat si el ente instrumental tiene suscrito un convenio de asistencia jurídica con el servicio jurídico de la Administración del Consell<sup>77</sup>.

g) Actividad de fomento. Como quiera que el conjunto de disposiciones reguladoras de las subvenciones, tanto básicas como autonómicas, no son aplicables a las fundaciones del sector público de la Generalitat, la LFCV —tras ser modificada por la Ley 9/2008, de la Generalitat— sujeta la actividad de fomento de algunas de ellas a ciertos principios. Prescribe que «cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público»<sup>78</sup>.

Esta previsión, no obstante, está desacompasada con la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (LGS), que señala sin excepción que todas «las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público se regirán por el derecho privado, si bien serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información»<sup>79</sup>. Entre los primeros se encuentran los de planificación, publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficiencia y eficacia. Llama la atención este fallo del legislador autonómico toda vez que la norma básica es previa en el tiempo.

Esta antinomia se debe a un error del legislación autonómico que en 2008 reprodujo el precepto homólogo de la LF de 2002 para las fundaciones del público estatal<sup>80</sup>, desconociendo que en este extremo esta había sido desplazada por la LGS de 2003. Además, pone de manifiesto como la normativa de las fundaciones del sector público estatal «ha sido trasladada, con un ele-

<sup>77</sup> Artículos 4.3 y 15.1 e) del Decreto de convenios de la Generalitat y su registro.

<sup>78</sup> Artículo 35.6 LFCV.

<sup>79</sup> DA 16 LGS. Los principios de gestión son los enumerados en el artículo 8 y los de información en el artículo 20 LGS. El primero positiviza los principios de planificación, publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia y eficiencia. El segundo regula la Base de Datos Nacional de Subvenciones a la que las fundaciones deberán remitir la información relevante de las ayudas que convoquen las fundaciones del sector público.

<sup>80</sup> Artículo 46.6 LF.

vado grado de similitud en las leyes autonómicas aprobadas con posterioridad a la LF» de 2002<sup>81</sup>, en ocasiones sin demasiado acierto.

h) Control económico-financiero. «En lo referente al control financiero, auditoría de cuentas y contabilidad o cualquier otro recogido en la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat, estas fundaciones se regirán por los preceptos de la misma que les resulten expresamente aplicables»<sup>82</sup>. Como regla general la LHP somete las cuentas anuales de las fundaciones del sector público de la Generalitat a auditoría<sup>83</sup>.

Además, el Decreto-ley Verdeguer establece disposiciones específicas sobre la obligación de suministrar información, prevé la posibilidad de acordar auditorías internas así como imponer medidas adicionales de control tales como la autorización previa de los actos de gestión económico-financiera, su sometimiento a fiscalización previa o la sujeción a presupuestos limitativos<sup>84</sup>.

Por su transversalidad interesa ahora destacar del articulado de la LHP el control de los gastos plurianuales. La conselleria competente en materia de hacienda deberá emitir un informe preceptivo y vinculante en relación de los proyectos de convenios, planes o programas de fundaciones del sector público fundacional así como propuestas de acuerdo del Consell que incidan sobre ellas, siempre tanto en unos como en otros sean plurianuales y tengan contenido económico. Este informe también se recabará antes de la aprobación acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares que modifiquen las condiciones retributivas del personal o de los que se deriven, directa o indirectamente, incrementos de gasto público en materia de costes de personal.

Paralelamente, todos los acuerdos de contenido económico y de carácter plurianual que se sometan al Consell para su aprobación u autorización precisarán informe previo de la Abogacía de la Generalitat así como de la Intervención General de la Generalitat<sup>85</sup>.

i) Fusión, integración, transformación y extinción. La LFCV, con carácter general, solo prevé como causas que pueden provocar la baja de una fundación en el Registro de fundaciones la fusión y la extinción.

La Ley 9/2008, de la Generalitat, a los efectos de exigir autorización del Consell, se refirió novedosamente a la transformación de fundaciones del

<sup>81</sup> GARCÍA MENGUAL, Fernando (2015): *El Derecho de fundación: perfiles constitucionales*, *op. cit.*, p. 527.

<sup>82</sup> Artículo 35.3 LFCV.

<sup>83</sup> Artículo 121 LHP.

<sup>84</sup> Artículos 8,9, 10 y 11 Decreto-ley Verdeguer.

<sup>85</sup> Artículo 26.1 y 4 LHP.

sector público. De esta manera dejaba entrever que las fundaciones del sector público no son simples patrimonios separados dotados de personalidad jurídica sino más bien «personificaciones instrumentales con forma fundacional constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos»<sup>86</sup>. «Si bien formalmente [es] persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional»<sup>87</sup>. Sin embargo la Ley 9/2008 no dedujo las lógicas consecuencias jurídicas, aplicables fundamentalmente a los procesos de reestructuración del sector público.

Ha habido que esperar a la LAP-14 para que la LFCV regulase expresamente la transformación e integración —y las especialidades de la fusión y extinción— de las fundaciones del sector público<sup>88</sup>. Como entes instrumentales las fundaciones en vez de extinguirse pueden integrarse en la Generalitat, sus organismos autónomos o entidades de derecho público sin necesidad de iniciar un proceso de liquidación. Estas se subrogan en los derechos y obligaciones de aquellas mediante una cesión global de activos y pasivos.

Aunque excede del objeto de este estudio, no podemos dejar de llamar la atención sobre la posible inconstitucionalidad de los preceptos que contemplan la transformación e integración de las fundaciones del sector público de la Generalitat «en la medida en que se entienda que lo dispuesto por el legislador (...) contradiga normas estatales que son legislación civil»<sup>89</sup>. Efectivamente, la LF no recoge estas causas específicas de las fundaciones del sector público de la Generalitat. En caso contrario, habría que entender que el término «fundación» no es más que un mero *nomen iuris* detrás del cual se esconde un organismo o entidad de derecho público.

Respecto de los trabajadores de las fundaciones integradas o transformadas, estos no adquieren la condición de empleados públicos. Como se expuso en la letra A) de este epígrafe, dedicada al redimensionamiento del sector público fundacional, los trabajadores no temporales pasarían a la categoría *sui generis* «a extinguir» en los términos previstos en la DA 3.3 de la Ley 1/2013, de la Generalitat.

<sup>86</sup> FJ 6, STC 120/2011 (Ref. Iustel: §106903).

<sup>87</sup> FJ 2, ATC 206/1999, de 28 de julio.

<sup>88</sup> El artículo 159 LAP-14 ha añadido los artículos 36 y 37 a la LFCV.

<sup>89</sup> RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel (2012): «Novedades en el Derecho andaluz de fundaciones. En especial, el personal al servicio de las fundaciones del sector público», *Anuario de Derecho de Fundaciones* 2011, p. 268.

### 3. *Mención especial al personal directivo*

Como se dijo, la selección de personal laboral de las fundaciones debe llevarse a cabo respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad y mediante convocatoria pública<sup>90</sup>. No obstante, con el consentimiento de la jurisprudencia, los contratos laborales especiales de alta dirección desde hace tiempo han sido utilizados para realizar incorporaciones sin concurrencia a la plantilla de las fundaciones, en ocasiones sin que el mismo reuniera la idoneidad y profesionalidad precisa<sup>91</sup>. Además, estos contratos a menudo encubrían abultadas retribuciones —dentro de los parámetros de la Administración del Consell— y preveían fuertes indemnizaciones. A esta razón responde la creación de la figura del personal directivo por el Decreto-ley Verdeguer. No obstante su definición y el régimen jurídico, tal y como resulta de su desarrollo reglamentario, merece un comentario crítico.

Como quiera que el Decreto-ley 1/2011, del Consell, no definió qué debía entenderse por personal directivo, mediante instrucción del conseller del ramo se identificó a este con aquellos empleados que con arreglo a la interpretación jurisprudencial del RD 1382/1985, de 1 de agosto, debían vincularse al sector público mediante la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección<sup>92</sup>. En la actualidad con parámetros similares se

---

<sup>90</sup> Por este motivo el artículo 57.2 RFCV señala que «la memoria de gestión económica de las cuentas anuales de estas fundaciones incluirá información sobre la sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de las convocatorias de selección del personal que se hayan realizado en el año».

<sup>91</sup> Es ilustrativa la STSJ de Andalucía (sede Sevilla) 1075/2012, de 29 de marzo (núm. rec. 1684/2011) en la que se constató «que el actor ha sido contratado, sin someterse a proceso selectivo público y con muy alto nivel retributivo, habiendo pertenecido además a varios Consejos de sociedades participadas por RTVA [lo mismo puede decirse respecto de las fundaciones del sector público de la Generalitat], lo cual permite colegir que se le nombraba para cargo de confianza y libre designación, porque de otro modo, el nombramiento habría conculado los principios de merito, igualdad y capacidad que impone el artículo 103.3 de la Constitución como requisitos de acceso al trabajo en el sector publico. En segundo lugar, la contratación se efectuaba con sumisión expresa al Real Decreto 1382/85 de 1 de agosto. En tercer lugar, las funciones que realizó el trabajador y descritas en el hecho probado tercero, se revelan como inherentes a la titularidad de la entidad demandada e imprescindibles para lograr sus objetivos generales y presentan unas características tales que no pueden desarrollarse sin la autonomía propia de quien puede tomar decisiones y las toma» (FJ 3).

<sup>92</sup> La resolución de 16 de noviembre de 2011, del conseller de Economía, Industria y Comercio, por la que se aprobaron las instrucciones relativas a la implementación de las DDTT 2 a 4 del Decreto-ley 1/2011, del Consell, aclaraba que «a efectos del artículo 19 del Decreto Ley 1/2011 (...) tienen la consideración de personal que ocupa puestos de carácter directivo (...): gerentes y titulares de otros puestos de trabajo o cargos asimilados que ejerzan

distingue entre personal de máxima responsabilidad y demás personal directivo. Así lo establece el Decreto 95/2016, de 29 de julio, del Consell, de regulación, limitación y transparencia del régimen del personal directivo del sector público instrumental de la Generalitat<sup>93</sup>.

El estatuto jurídico del personal directivo del sector público fundacional, de conformidad con los artículos 19 del Decreto-ley Verdeguer y 25 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana (LT), es el siguiente:

- a) Su selección se «basará en criterios de competencia, profesionalidad y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada»<sup>94</sup>.
- b) «Le será de aplicación el régimen establecido en la normativa autonómica sobre declaración de bienes, derechos patrimoniales y actividades de altos cargos»<sup>95</sup>.

---

la función ejecutiva de máximo nivel con sujeción directa al órgano de gobierno de las empresas públicas y fundaciones del sector público de la Generalitat» (instrucción primera). Al incluir dentro del concepto de personal directivo no solo al gerente sino también a quienes orgánicamente o por así haberlo dispuesto el contrato gozasen de una autonomía funcional dependiendo directamente de los órganos de gobierno de la entidad, quedaban incluidos en esta categoría quienes suscriban un contrato laboral especial de alta dirección.

<sup>93</sup> De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 95/2016, del Consell, «se entiende por la máxima responsabilidad el ejercicio de la presidencia ejecutiva, consejería delegada con funciones ejecutivas, dirección general, gerencia, intendencia o personas que ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel con sujeción directa a los órganos superiores de gobierno o administración» (ap. 2). A su vez «se entiende por personal directivo, el que actuando bajo la dependencia bien de los órganos superiores de gobierno o administración de los entes, bien de las de personas que desempeñen su máxima responsabilidad, ejerza funciones separadas con autonomía y responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas de aquellos» (ap. 3).

<sup>94</sup> El artículo 3.1 del Decreto 95/2016, del Consell, añade lo siguiente: «La idoneidad de la elección de personal que ocupa puestos de carácter directivo se basará en criterios de solvencia académica, profesional, técnica, científica o artística; experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada; capacidad de liderazgo para planificar, implementar y revisar estrategias, políticas y programas que hagan posible conseguir por parte de la organización su misión y objetivos a través de una gestión con indicadores; capacidad de comunicación y negociación; la formación en igualdad de género; el conocimiento de idiomas, en especial de los cooficiales de la Comunitat Valenciana; u otros criterios específicos relacionados con las funciones asignadas».

Si tuviesen la condición de funcionarios de carrera, al estar «asimilados en su rango administrativo a altos cargos», procederá la declaración de servicios especiales en la Administración de origen (art. 87.1 c TREBEP).

<sup>95</sup> En concreto el título III del Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el que se aprueba el código de buen gobierno de la Generalitat.

c) «Le será de aplicación, en materia de incompatibilidades, la legislación autonómica, o en su defecto la legislación estatal, en materia de conflictos de intereses»<sup>96</sup>.

d) «Estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión, medidas de austeridad y reducción de costes y control del gasto público»<sup>97</sup>.

e) Deberá recabarse autorización del Consell para poder percibir una retribución superior a las prevista «anualmente en las respectivas leyes de presupuestos de la Generalitat para los altos cargos de la administración de la Generalitat»<sup>98</sup>.

f) «No percibirá a su cese indemnización alguna, salvo las que estén establecidas por disposición legal de derecho necesario», y por lo tanto en caso de desistimiento del contrato por parte de la fundación «siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades»<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> A día de hoy la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, de incompatibilidades y conflictos de intereses de personas con cargos públicos no electos.

<sup>97</sup> La instrucción tercera de la resolución de 16 de noviembre de 2011 del conseller de Economía, Industria y Comercio, señalaba que la evaluación del desempeño, en su caso, se sujetaría «a la regulación que se establezca sobre el contrato programa de los altos cargos del Consell». El Decreto 95/2016 guarda silencio en este punto.

<sup>98</sup> El Decreto 95/2016, del Consell, precisa que la retribución del máximo responsable no podrá ser superior a la «establecida para las personas titulares de direcciones generales del Consell en las respectivas leyes de presupuestos de la Generalitat, con las siguientes excepciones: a) Cuando en virtud de una disposición dicho personal ostente el rango de subsecretaría o secretaría autonómica, el límite máximo de sus retribuciones será el establecido en las leyes de presupuestos anuales de la Generalitat para estos puestos de altos cargos. b) Cuando por causas debidamente justificadas, vinculadas a la competitividad externa o la especial cualificación, el Consell autorice previamente una determinada cuantía atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso» (art. 6.1). Respecto del resto de personal directivo, su salario «no puede exceder de las retribuciones previstas en las correspondientes leyes de presupuestos de la Generalitat para cada ejercicio para un puesto de la Administración de la Generalitat de Subdirección General. Excepcionalmente, por causas debidamente justificadas, vinculadas a la competitividad externa o la especial cualificación, se podrá autorizar una determinada cuantía atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso» (art. 6.2).

<sup>99</sup> Artículo 11.1 RD 1382/1985. En el mismo sentido el artículo 39.1 LPG-17. Este último dispone que «la extinción, por desistimiento del empresario, de los contratos mercantiles y de alta dirección, cualquiera que sea la fecha de su celebración, del personal que preste servicios en el sector público de la Generalitat, únicamente dará lugar a una indemnización no superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades (...). No se tendrá derecho a indemnización alguna cuando la persona, cuyo contrato mercantil o de alta dirección se extinga, por desistimiento del empresario, ostente la condición de funcionario de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, o sea empleado de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo. El desistimiento deberá ser

g) Les será de aplicación las disposiciones relativas al buen gobierno previstas en el título II LT. Este es aplicable a «las personas que desempeñen cargos directivos (...) y funciones ejecutivas asimilables en las organizaciones del sector público instrumental de la Generalitat así como cualquier persona que haya suscrito un contrato laboral especial de alta dirección»<sup>100</sup>.

A nuestro parecer el régimen del personal directivo del sector público fundacional de la Generalitat es desproporcionado. Aunque compartimos la distinción entre máximo responsable y resto de personal directivo, hubiera sido preferible limitar este régimen jurídico excepcional a los primeros. A diferencia de la norma análoga para la Administración General del Estado<sup>101</sup>, que solo establece disposiciones reguladoras de la selección y retribución, el Decreto-ley Verdeguer y la LT establecen un completo estatuto jurídico equiparable al de un alto cargo de la Administración del Consell.

Consideramos que la condición de personal directivo debería proyectarse exclusivamente a los gerentes, directores o máximos responsables de las fundaciones. Respecto de ellos sí que es razonable la imposición de unas cláusulas de exclusividad, el deber de declarar sus bienes y actividades y un régimen prevención de conflictos de intereses así como de incompatibilidades *ex post*. Representan la cúspide de la organización de entes instrumentales y *mutatis mutandis* son equiparables a los altos cargos de la Administración del Consell.

No puede decirse lo mismo respecto de quienes, como consecuencia de la normativa reguladora de los contratos de alta dirección, o de la interpretación jurisprudencial de la misma, deben vincularse a la fundación mediante esta relación laboral de carácter especial.

Como es sabido desde hace tiempo los tribunales vienen realizando una aplicación flexible del RD 1382/1985, de 1 de agosto, primando la relación de confianza como criterio determinante<sup>102</sup>. Ello implica que dentro de una

---

comunicado por escrito, con un plazo máximo de antelación de quince días naturales. En caso de incumplimiento del preaviso mencionado, la entidad deberá indemnizar con una cuantía equivalente a la retribución correspondiente al período de preaviso incumplido».

<sup>100</sup> Artículo 25 LT.

<sup>101</sup> Nos estamos refiriendo al RD 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades.

<sup>102</sup> «Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad» (art. 1.2 del RD 1382/1985).

fundación del sector público puedan ser varias personas las que deban estar ligadas con esta relación laboral especial. Exigir a todas ellas una dedicación y régimen propio de un alto cargo del Consell produce disfuncionalidades, incluso puede llegar a ser contraproducente.

Por poner un ejemplo, para diversos Tribunales Superiores de Justicia, el RD 1435/1985, de 1 de agosto, de aprobación de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos, no se aplica a quienes desempeñan funciones de dirección artística, musical o de escena. Su régimen jurídico, las más de las veces, es el resultante del RD 1382/1985<sup>103</sup>.

---

Su régimen jurídico se halla recogido en Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Como quiera que el artículo 1.2 del RD 1382/1985 no contiene distinción alguna entre el personal de alta dirección del sector privado y público, esta circunstancia suscitó dudas acerca de la admisibilidad de esta relación laboral especial en los entes del sector público. En ellos no pueden darse plenamente los requisitos del artículo 1.2 del RD 1382/1985, a saber: poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, relativos a los objetivos generales de la misma, autonomía y plena responsabilidad.

En este sentido son interesantes las SSTSJ de Islas Baleares y Galicia 508/2013 de 24 de octubre (núm. rec. 243/2008) y 2013/2010 de 23 de abril (núm. rec. 142/2010). En ambos supuestos se pronunciaron sobre los contratos de alta dirección suscritos por las respectivas empresas públicas gestoras de las televisiones autonómicas. Lo reseñado en ellas es perfectamente aplicable a las fundaciones del sector público. Ambas coincidieron en concluir que en los contratos de alta dirección del sector público «lo que prima es la relación de confianza que se establece entre empresa y el directivo, y la empresa pública es un instrumento puesto a disposición de las Administraciones Públicas para la ejecución de una determinada política en el ámbito de sus competencias y constituye exigencia elemental de eficacia que al frente de ella se coloquen personas que ofrezcan garantías razonables de llevar a cabo en la línea de objetivos marcados» (FJ 3, STSJ de Galicia). Como ha reiterado recientemente la STJS de Castilla y León (sede Valladolid) 3034/2013 de 4 de julio de 2013 (núm. rec. 861/2013), «si se exigiera que el directivo ejercitara poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad en las Administraciones Públicas, como exige la mencionada norma (art. 1.2 del RD 1382/1985), no existiría ningún caso en que tal norma se pudiera aplicar y dejaría vacío de contenido las disposiciones que permiten tal tipo de contratación al amparo de la normativa prevista para los Altos Cargos» (FJ 3).

Por lo tanto de la lectura de los distintos fallos de las salas de lo social de los TSJ, y sin perjuicio de lo que pueda establecer el TS en un futuro, puede deducirse que en el sector público la relación especial de alta dirección se caracteriza por las siguientes notas: 1) Interpretación flexible del concepto de alta dirección. 2) Relación de confianza como fundamento último del contrato. 3) Poder de decisión que implique el ejercicio de facultades distintas a las de un trabajador ordinario. 4) Dependencia de los órganos de gobierno.

A mayor abundamiento, la aprobación del EBEP supuso un balanceamiento de los criterios a tener en cuenta para apreciar la existencia de la relación laboral especial. En la actualidad priman los criterios formales frente a los materiales. No obstante, estando excluidas las fundaciones del sector público del TREBEP, no es necesario profundizar en este extremo.

<sup>103</sup> Los escasos pronunciamientos judiciales recáridos hasta el momento se decantan por excluir a los directores de espectáculos públicos de la relación laboral especial de artistas,

En este sentido la doctrina también excluye de la relación laboral de artistas en espectáculos públicos a su personal directivo. Unos, salvo el director de orquesta, «por no ser su cometido laboral ofrecido, en fase de ejecución, a la contemplación del público»<sup>104</sup>. Otros porque «la vertiente de gestión y el carácter técnico» predominan sobre el eventual componente artístico<sup>105</sup>. A lo sumo algunos, basándose en jurisprudencia extranjera, consideran que los directores de espectáculos públicos deberían ser artistas a efectos laborales<sup>106</sup>.

---

reconduciendo el contrato al de alta dirección. Para ello han ponderado, bien la falta de intervención del director durante el espectáculo público, bien la definición de artista por la normativa de propiedad intelectual. Citamos los fallos más significativos:

1) STSJ de Navarra 510/1994 de 15 de noviembre (núm. rec. 447/1994). En esta ocasión el TSJ calificó la relación jurídica del director artístico de la Sociedad de Conciertos Santa Cecilia como especial de personal laboral de alta dirección por «confeccionar la programación anual de actuaciones de la Orquesta, calendario y obras a interpretar. Responsabilizarse y coordinar la contratación de Directores y Artistas invitados para lo cual dispondrá con total autonomía» (antecedente 4.1).

2) STSJ de Andalucía (sede Sevilla) 636/2002 de 14 de febrero (núm. rec. 2111/2001). La Sala consideró personal de alta dirección a un puesto análogo al de director artístico de la Empresa Pública de Gestión de Programas y Actividades Culturales y Deportivas. El directivo tenía encomendado la «organización, gestión, difusión y distribución de producciones musicales, audiovisuales, cinematográficas y fonográficas (...), era responsable de la contratación de artistas, distribuía y gestionaba su presupuesto y tenía facultades para negociar con terceros la reproducción, fijación, edición o comunicación de las grabaciones radiofónicas o audiovisuales de la orquesta». A juicio del Tribunal «el actor cumple los criterios funcionales [de personal laboral de alta dirección], al extenderse sus cometidos, si no a la integridad de la actividad de la empresa pública, sí a aspectos trascendentales de sus objetivos» (FJ 5).

3) STSJ de Madrid de 20 de junio de 1995 (núm. rec. 2605/1994). A diferencia de las anteriores sentencias, esta no atiende a las funciones del puesto sino al concepto legal de artista. Con este fundamento excluye al personal directivo de espectáculos de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos a partir del Real Decreto-legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual. Refiriéndose al director de escena de un montaje teatral —la Caja de Pandora— el TSJ, ante la falta de definición legal de artista en el ordenamiento laboral, acude a la legislación civil, que contrapone al artista y al director de artistas. Artista sería quien cante, lea, recite o ejecute una obra.

<sup>104</sup> HURTADO GONZALEZ, Luis (2006): *Artistas en espectáculos públicos: régimen laboral, propiedad intelectual y seguridad social*, La Ley, Madrid, pp. 33 y 101. En el mismo sentido MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, Rocío (2001): «Relaciones laborales especiales y asimiladas», *La doctrina laboral del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 1989-2000, Cuadernos de Aranzadi Social*, pp. 337-338.

<sup>105</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, José Juan (2003): *Condiciones de trabajo y seguridad social de los profesionales de la música*, Iberautor, Madrid, p. 66. En idéntico sentido ROQUETA BUJ, Remedios (2005): *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 22.

<sup>106</sup> ALZAGA RUIZ, Icíar (2001): *La relación laboral de los artistas*, Centro Económico y Social, Madrid, p. 89. En la nota número 19 se hace referencia a la sentencia de 16 de julio de 1998 (núm. 3702) de la Cour de Cassation que reconoce la condición de artística y laboral a la prestación de servicios del director artístico.

Pues bien, la extensión de un *status jurídico* asimilado al de un alto cargo de una Administración Pública, entre otros, a directores artísticos, musicales o de escena imposibilita *de facto* que las fundaciones del sector público de la Generalitat puedan contar con personal de relevancia internacional. No puede desconocerse que estos profesionales, en particular los directores musicales y de escena, adquieran prestigio interviniendo en coliseos de diferentes ciudades ni que la jurisprudencia relativiza la nota de dependencia respecto de los artistas para apreciar el carácter laboral en vez de mercantil del vínculo. A mayor abundamiento, tampoco puede perderse de vista que la promoción de las artes escénicas, sobre todo la de primer nivel, en España es fundamentalmente de iniciativa pública.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ HERRANZ, Beatriz (2016): «Artículo 2. Ámbito subjetivo. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- ALZAGA RUIZ, Icíar (2001): *La relación laboral de los artistas*, Centro Económico y Social, Madrid.
- ALLI TURRILLAS, Juan Cruz (2010): *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- BERNAD SORJÚS, Berta (2016): «Artículo 132. Régimen presupuestario, de contabilidad, de control económico-financiero y de personal. Artículo 133. Creación de fundaciones del sector público estatal. Artículo 134. Protectorado. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.), *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- BURGUÉS PASCUAL, Anna María (2016): «Artículo 135. Estructura organizativa. Artículo 136. Fusión, disolución, liquidación y extinción. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.), *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (1993): *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 6.<sup>a</sup> ed.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge (2013): «La reestructuración del sector público fundacional», *Anuario de Derecho de fundaciones* 2012.
- GARCÍA MENGUAL, Fernando (2015): *El Derecho de fundación: perfiles constitucionales*, tesis doctoral, Universidad de Valencia.

- GARCÍA RUIZ, Pilar (2016): «Artículo 128. Definición y actividades propias. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.), *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, José Juan (2003): *Condiciones de trabajo y seguridad social de los profesionales de la música*, Iberautor, Madrid.
- HURTADO GONZALEZ, Luis (2006): *Artistas en espectáculos públicos: régimen laboral, propiedad intelectual y seguridad social*, La Ley, Madrid.
- MANENT ALONSO, Luis (2016): «Artículo 81. Principios generales de actuación. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.), *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- MANENT ALONSO, Luis (2016): «Crisis del sector público institucional y estado garante», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 25.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2010): «Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*.
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, Rocío (2001): «Relaciones laborales especiales y asimiladas, La doctrina laboral del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 1989-2000», *Cuadernos de Aranzadi Social*.
- RIVERO, Jean (1953), «Existe-t-il un critère du droit administratif?», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, año 59.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel (2012): «Novedades en el Derecho andaluz de fundaciones. En especial, el personal al servicio de las fundaciones del sector público», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*.
- ROQUETA BUJ, Remedios (2005): *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch.
- SERRANO BLANCO, Ignacio (2016): «Artículo 129. Régimen de adscripción de las fundaciones. Artículo 130. Régimen jurídico. Artículo 131. Régimen de contratación. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.), *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).



# CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPA



# **Crónica de la Unión Europea**

*Isabel Peñalosa Esteban*

Directora de Relaciones Institucionales y Asesoría Jurídica de la AEF

*Diana Navas Vallterra*

Responsable de Servicio de Asesoría Jurídica de la AEF

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO.—III. CONSULTA PÚBLICA DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LOS TIPOS DE IVA.—IV. FONDOS DE EMPRENDIMIENTO SOCIAL EUROPEO.—V. PROYECTO DAFNE-EFC SOBRE BARRERAS A LA ACTIVIDAD FILANTRÓPICA EN EUROPA.

## **I. Introducción**

En el ámbito de la regulación europea, una vez retirada la propuesta del Estatuto de Fundación Europea, los esfuerzos del sector se han centrado en avanzar hacia una progresiva eliminación de las barreras que encuentra la actividad filantrópica transfronteriza en el ámbito de la Unión.

Ese trabajo se ha dirigido, por un lado, a eliminar o mitigar las barreras fiscales existentes, mediante el análisis de la adopción por los Estados miembro, de los efectos derivados de los casos Persche (C-318/07), Stauffer (C-386/04) y Missionwerk (C-25/10) y la aportación de posibles soluciones a la vista del Derecho comparado. Por otro, se ha dirigido a evitar el establecimiento de nuevas barreras derivadas de la regulación y recomendaciones internacionales sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Además, en los últimos años, distintas instituciones europeas han mostrado su preocupación por una posible contracción de la sociedad civil y su constreñimiento a espacios sociales cada vez más reducidos. Si bien se trata de un fenómeno distinto en países democráticos y no democráticos, se considera algo generalizado. Las instituciones europeas, conscientes del impulso que se ha dado en el pasado, a través de múltiples herramientas, a eliminar cualquier tipo de restricción para potenciar el papel de la sociedad civil, han puesto de manifiesto la necesidad de mejorar y afinar una estrategia que abarca no sólo aspectos como la financiación sino otros aspectos estructurales.

En abril de 2017, el Parlamento Europeo publicó el estudio *Shrinking space for civil society: the EU response*, en el que se gradúa este fenómeno, se analizan los mecanismos ya existentes y se sugieren algunas líneas estratégicas de futuro.

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también ha analizado, a través, entre otros, de encuentros con organizaciones del sector, las fortalezas y amenazas del espacio de la sociedad civil en el ámbito de la Unión Europea y compartirá sus resultados en diciembre de 2017.

Cualquiera que sea el escenario, la filantropía está llamada a contribuir en ese nuevo espacio y a compartir objetivos estratégicos.

## **II. Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo**

*Petición de revisión de la recomendación 8 al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).*

En el año 2016, un grupo representativo de organizaciones no lucrativas de 46 países suscribieron una petición dirigida al GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) para iniciar un proceso de revisión de la recomendación número 8 de su documento de buenas prácticas para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Esta recomendación asumía entonces que el sector no lucrativo es un sector especialmente vulnerable a la financiación del terrorismo y al blanqueo de capitales, algo que no era compartido por las organizaciones de dicho sector. Por ello, un amplio grupo de entidades no lucrativas, entre ellas la Asociación Española de Fundaciones (AEF), el Centro Europeo de Fundaciones y DAFNE (Donors and Foundations Network in Europe), se unieron a la petición de revisión de esta recomendación, pidiendo su adecuación al riesgo real que presenta el sector.

Paralelamente y a nivel nacional, la AEF mantuvo su interlocución con el Ministerio de Economía, trasladando la problemática que la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo representa para el sector no lucrativo.

*Consulta pública del GAFI para la revisión de la recomendación 8.*

En abril de 2016 y respondiendo a la petición del sector no lucrativo, el GAFI abrió una consulta pública con el fin de recibir propuestas para la modificación del texto de la recomendación 8.

La AEF, de forma coordinada con otras organizaciones representativas del sector y organizaciones individuales sin fin de lucro de distintos países, a través de *The Global NPO Coalition on FATF* remitió su propuesta de revisión de la recomendación 8. La AEF señaló que la percepción sin matices del sector no lucrativo como un sector de riesgo para la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales, no es acorde a la realidad. Por ello, a juicio del sector, era importante que esta recomendación, así como su nota interpretativa, introdujeran ciertos matices, dado que en algunos países podía dar lugar a una normativa excesivamente restrictiva no ajustada al enfoque riesgo que exige el GAFI.

Finalmente, el GAFI adoptó una nueva redacción para la recomendación 8, algo que ha sido valorado muy positivamente por el sector. La nueva redacción señala ahora que no todas las entidades sin ánimo de lucro son vulnerables y que cada país revisará la adecuación de su regulación, atendiendo a la tipología de aquellas organizaciones que se hayan podido identificar como particularmente vulnerables. Esta modificación va acompañada de una nueva nota interpretativa cuyo objetivo es ayudar a los Estados a adoptar normativas proporcionadas al riesgo real del sector.

*Breve reseña de 2017. Consulta pública del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad: modificación de la ley de prevención del blanqueo de capitales.*

En junio de 2017, el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (MEIyC) abrió una consulta pública para que todos aquellos colectivos que pudieran verse potencialmente afectados por la futura modificación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo para adecuarla a los contenidos de la Directiva 849/2015, del Parlamento Europeo y del Consejo, formularan sus propuestas y observaciones, bien mediante aportaciones directas bien a través de las asociaciones u organizaciones que representen los intereses de todo un colectivo.

La AEF, junto con distintas plataformas representativas del sector y otras organizaciones no lucrativas individuales, presentó ante el ministerio un conjunto de propuestas para mejorar la actual regulación del sector en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Las propuestas se basaron en una encuesta a la que respondieron casi trescientas organizaciones, y ponían de manifiesto la necesidad de adecuar el actual régimen de obligaciones al riesgo real al que está expuesto el sector no lucrativo en el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, con el fin de que las obligaciones que establezca la normativa en este ámbito

estén enfocadas y sean proporcionadas a dicho riesgo real. Con ello, se pretende evitar el establecimiento de barreras injustificadas a la actividad filantrópica.

A través de sus observaciones, la AEF hizo las siguientes consideraciones:

— Desde el punto de vista de la *técnica normativa*, sería conveniente que el artículo referido a asociaciones y fundaciones, en la actualidad el 39, contuviera una regulación propia, sin hacer una remisión general al resto del articulado de la ley. El sector necesita un marco jurídico claro.

— Con carácter general, debiera incluirse a las ESFL (entidades sin fin de lucro) entre los sujetos susceptibles de aplicar *medidas simplificadas de diligencia debida* en relación con las actividades de recepción de donaciones y de otorgamiento de ayudas a terceros. Esto obligaría a identificar a donantes y donatarios, pero no a comprobar su identidad salvo en casos específicos que pudieran preverse.

— Excepcionalmente, la normativa debería contemplar *medidas específicas*, normales o reforzadas, para determinados tipos de operaciones o entidades que deberían identificarse en la norma como susceptibles de generar un mayor riesgo de blanqueo o financiación del terrorismo en el ámbito de las ESFL. Entre estos elementos podría tenerse en cuenta:

- Dimensión de las ESFL.
- Grado de supervisión de acuerdo con la normativa específica por la que cada EFSL se rige.
- Operaciones en efectivo por encima de determinados umbrales, por ejemplo, cuestiones, teniendo en cuenta el conjunto de los fondos recaudados.
- Transferencias de fondos recibidos o realizados a países considerados de riesgo u operaciones con dichas jurisdicciones.

— En cuanto a los *umbrales de identificación de donantes* y aunque sea una cuestión recogida en el reglamento, el sector ya ha reiterado que el importe de 100 euros es un límite injustificadamente reducido que no es acorde al umbral establecido en la Directiva. Podemos suponer que los ingresos individuales en colectas de estas características son menores a 100 euros, pero en muchos casos esto es imposible de demostrar para las organizaciones.

— Existe un amplio espacio para la *autorregulación*. La práctica totalidad de las ESFL declaran cumplir con las obligaciones legales y, por tanto, con la obligación de mantener los registros de donantes y donatarios, pero muchas

de ellas no cuentan con otros sistemas específicos de detección del riesgo. Dado que el sector no lucrativo es muy diverso y presenta distintos niveles de riesgo muy diferentes, sería muy útil contar con *modelos de detección e identificación del riesgo específico para el sector no lucrativo* que desarrollen las recomendaciones contenidas en el documento de Mejores Prácticas publicado por el Tesoro y en el desarrollo reglamentario.

Para finales de 2017 está prevista la aprobación de la modificación de la normativa interna, para lo que ya podrá tomarse en consideración el análisis de riesgos dado a conocer por la Comisión Europea dirigido al Parlamento y el Consejo (Brussels, 26.6.2017 COM(2017) 340 final).

### **III. Consulta pública de la Comisión Europea sobre los tipos de IVA**

*Possible modificación de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, relativa al Sistema Común del Impuesto sobre el Valor Añadido, en relación con los tipos de IVA.*

En diciembre de 2016 y hasta marzo de 2017, la Comisión Europea abrió un proceso de consulta pública sobre la reforma de los tipos de IVA. El objetivo de la Comisión era conocer la opinión de los distintos grupos de interés acerca de una posible modificación de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, relativa al Sistema Común del Impuesto sobre el Valor Añadido, en relación con los tipos de IVA.

En su propuesta, la Comisión Europea contemplaba dos opciones principales: la ampliación y la revisión periódica de la lista de bienes y servicios que los Estados pueden gravar a tipos reducidos o bien la eliminación de esa lista cerrada dando libertad a los Estados miembro para determinar el número y el tipo de bienes y servicios que pueden ser gravados a tipos reducidos.

En relación con las opciones contempladas por la Comisión, la Asociación Española de Fundaciones (AEF), así como el European Charities' Committee on Value-Added Tax (ECCVAT), pusieron de manifiesto que, si bien una mayor flexibilidad para los Estados miembro puede resultar positiva, es necesario contemplar mecanismos que aseguren que dicha flexibilidad no sirve para incrementar injustificadamente los tipos aplicables a bienes y servicios reconocidos como de interés social o interés general que puedan generar un efecto negativo.

En su respuesta, la AEF puso de manifiesto la potencialidad que pueden tener los tipos reducidos y súper reducidos en su aplicación a los bienes y servicios prestados por y para las organizaciones no lucrativas y su efecto

sobre el coste de sus prestaciones para los colectivos de beneficiarios, incluso en aquellos casos en los que las organizaciones presten sus servicios de forma gratuita. Asimismo advertía que cualquier propuesta debe ser contemplada de forma conjunta con las exenciones existentes sobre determinados bienes y servicios en el ámbito social, cultural o educativo.

#### **IV. Fondos de emprendimiento social europeo**

*Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 345/2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos, y el Reglamento (UE) n.º 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos.*

El objetivo de la propuesta es coordinar los fondos de capital riesgo europeos (FCRE) y los fondos de emprendimiento social europeos (FESE) con las medidas adoptadas a nivel de la UE para estimular la recuperación económica (el Plan de Inversiones para Europa, el Plan de acción para la creación de un mercado de capitales y el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas).

La Comisión pretende modificar el marco de los fondos de capital riesgo europeos y de los fondos de emprendimiento social europeos para garantizar que contribuyan en mayor medida a apoyar el capital riesgo y la inversión social en el conjunto de la Unión Europea.

Así, la propuesta de modificación se centra en las disposiciones siguientes: i) el modo en que los fondos invierten en activos, ii) el modo en que los gestores gestionan los fondos, iii) cómo interactúan ambos Reglamentos con la demás legislación vigente sobre fondos de inversión, iv) los requisitos que deben cumplir los fondos para beneficiarse del pasaporte transfronterizo.

El texto de la propuesta sigue pendiente de su aprobación definitiva.

#### *Dictamen del Banco Central Europeo.*

El 12 de septiembre de 2016 el Banco Central Europeo (BCE) emitió un dictamen a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 345/2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos, y el Reglamento (UE) n.º 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos.

El BCE, en sus observaciones generales, respalda los objetivos del reglamento propuesto, dado que considera que es parte esencial del plan de acción para la unión de los mercados de capitales y complemento de otros pilares del plan de inversiones para Europa. Considera que el reglamento propuesto

facilitará que los inversores, gestores de fondos y sociedades de cartera cualificados para estas inversiones, se beneficien de los fondos de capital riesgo europeos y de los fondos de emprendimiento social europeos y ayudará así a lograr el plan de acción para la unión de los mercados de capitales, diversificar las fuentes de financiación y desbloquear capital.

*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo.*

En diciembre de 2016 el Comité Económico y Social Europeo (CESE) recibió del Consejo de la Unión Europea una solicitud de dictamen sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 345/2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos, y el Reglamento (UE) n.º 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos.

El CESE se declara en su informe favorable al desarrollo de los fondos de capital riesgo europeos y de los fondos de emprendimiento social europeos y señala que debe garantizarse la protección de los inversores. Además, pone de manifiesto que la tradicional financiación mediante crédito de las empresas debe completarse con métodos alternativos de financiación como el capital riesgo, la microfinanciación colectiva, el capital de inversión, etc. Por ello, la Unión Europea debe adoptar medidas concretas y consecuentes para, por un lado, permitir que los bancos puedan volver a desempeñar su principal función de financiación de la economía real y, por otro, mejorar considerablemente las posibilidades de la financiación con fondos propios y en el mercado de capitales, y superar los obstáculos que existen al respecto en el marco de la creación de la Unión de Mercados de Capitales.

En este sentido, el CESE declara en el Dictamen su apoyo a las iniciativas de la Comisión Europea de revisar los Reglamentos sobre los fondos de capital riesgo europeos y sobre los fondos de emprendimiento social europeos.

*Observaciones de la Asociación Española de Fundaciones a la Propuesta de Reglamento.*

En septiembre de 2016 la Asociación Española de Fundaciones (AEF) presentó sus observaciones a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 345/2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos, y el Reglamento (UE) n.º 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos.

La AEF valora positivamente los objetivos particulares perseguidos por la propuesta del Consejo de eliminar las limitaciones y las divergencias en la aplicación del Reglamento (UE) n.º 345/2013, sobre los fondos de capital

riesgo europeos, y el Reglamento (UE) n.º 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos.

Desde la AEF se comparte el objetivo general de promover aquellos fondos que sirvan de apoyo a empresas recientes e innovadoras y, especialmente, los fondos cuyo objetivo sea lograr un impacto social positivo, para lo que son necesarias medidas que refuerzen el marco europeo para la captación transfronteriza de dichos fondos.

En la presentación de las propuestas, la AEF pone de manifiesto que son muchas las fundaciones que promueven proyectos de emprendimiento social a través de distintas fórmulas de financiación, por lo que el desarrollo de instrumentos específicos que compartan estos fines se considera positiva.

En particular, la AEF considera adecuadas las siguientes medidas:

—Ampliación de los gestores: puede favorecer la creación y comercialización de los fondos FESE.

—Prohibición de imponer cargas o tasas al establecimiento de los fondos: recogerlo de forma expresa contribuirá a hacer la prohibición efectiva en cada uno de los Estados miembro.

—Inversiones complementarias en empresas en cartera admisible: permitir la inversión en empresas que no cumplen con los criterios de la definición pero que los cumplieron en el momento de la primera inversión, elimina rigideces que pueden dificultar la creación de los fondos y ayudará a reforzar la viabilidad de algunos de estos proyectos.

—Mantenimiento del umbral mínimo de 100.000 € de inversión para inversores no profesionales: aunque puede constituir una restricción a la creación fondos FESE, debe compartirse la justificación de esta propuesta, pues tal y como señala, ya existe la posibilidad de que los inversores no profesionales puedan realizar inversiones menores en pymes por medio de herramientas alternativas, como la micro financiación colectiva, a través de plataformas de *crowdfunding*. Asimismo, si se redujese el umbral habría que aplicar medidas adicionales de protección al inversor minorista, lo que generaría costes y perjudicaría al objetivo último de flexibilizar los regímenes de los fondos FCRE y FESE.

—Definición de «fondos propios»: es sin duda necesario especificar o facilitar criterios técnicos que contribuyan a homogeneizar qué ha de entenderse por fondos propios y las diferencias que pueden establecerse para los fondos de emprendimiento social admisibles gestionados internamente y para los que lo sean por gestores externos.

La AEF valoraría muy positivamente conocer, en el momento oportuno, dichos proyectos de normas técnicas, con el objetivo de contribuir a dicha definición.

## V. Proyecto DAFNE-EFC sobre barreras a la actividad filantrópica en Europa

Como se ha señalado al inicio de esta crónica, en el ámbito europeo se han ido asentando, poco a poco, los pilares básicos para el desarrollo de la filantropía y de la sociedad civil, de acuerdo con las cuatro libertades básicas del ordenamiento comunitario. Sin embargo, en los últimos años, existen evidencias que apuntan a una restricción del espacio para la filantropía. Con la finalidad de identificar esas restricciones, *DAFNE* y el *Centro Europeo de Fundaciones* han puesto en marcha un estudio conjunto.

El estudio analizará la regulación europea y no estrictamente comunitaria, así como las distintas regulaciones nacionales e internacionales y contará con el apoyo de *Oonagh Breen* del University College Dublin. Desde las asociaciones nacionales de fundaciones europeas, entre ellas la Asociación Española de Fundaciones, se aportará el análisis y la información necesaria para un adecuado análisis. Las bases del estudio fueron presentadas en la última reunión de DAFNE que tuvo lugar los días 19 y 20 de enero en Berlín, acogidos por la Asociación Alemana de Fundaciones.



# **Renacer y sobrevivir de la *Fondation* en Francia (2000-2016)<sup>1</sup>**

*Juan-Cruz Alli Turrillas*

Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho administrativo  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

*Isabelle Combes*

Directeur juridique  
Fondation de France

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN GENERAL.—II. LA FUNDACIÓN FRANCESA: SU SER, REGULACIÓN Y DEFINICIÓN HISTÓRICA: 1. *Idea general*. 2. *El itinerario de sus causas históricas*. 3. *Las consecuencias jurídicas de la historia sobre las fundaciones francesas*: A) Idea general. B) El interés público y las fundaciones en Francia. C) Los efectos jurídicos generales. D) El sistema jurídico regulador: recorrido general. 4. *Una definición de las fundaciones en Francia*. 5. *Clasificación de las fundaciones*.—III. LAS CIFRAS DEL FENÓMENO FUNDACIONAL EN FRANCIA.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES: 1. *Constitución*. 2. *Estatutos-tipo*. 3. *Gobierno de las fundaciones*: A) Modelos de gobierno de las fundaciones. B) Gratuidad de las funciones de administrador. C) Responsabilidad de los administradores. 4. *Duración*. 5. *Controles*: A) Control estatal. B) Control jurisdiccional. C) Controles contables. 6. *Reestructuración y disolución*: A) Reestructuraciones. B) Disolución-liquidación.—V. RÉGIMEN FISCAL DE LAS FUNDACIONES: 1. *Carácter no lucrativo de las fundaciones*. 2. *Régimen de imposición de las fundaciones*. 3. *Régimen fiscal del mecenazgo*: A) Incentivos fiscales para el mecenazgo de personas físicas: a) Impuesto sobre la renta. b) Impuesto de solidaridad sobre el patrimonio. c) Derechos de transmisión a título gratuito. B) Incentivos fiscales para el mecenazgo de empresas. C) El caso particular de las donaciones transnacionales.—VI. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## **I. Introducción general**

Esta introducción no pretende hacer un recorrido histórico completo de las fundaciones francesas, sino, más bien, poner de relieve ante qué figura estamos y cómo ha reaparecido en el mundo social, político y, por lo tanto, jurídico francés. Así como examinar cómo ha sido su desarrollo desde su

---

<sup>1</sup> Este estudio para el Anuario ha sido elaborado bajo el auspicio del Proyecto DER 2013-48825-R, «*Perspectivas y retos europeos en la regulación jurídica de las fundaciones y del mecenazgo: gobierno, control público, responsabilidad y fiscalidad*» (2014-2016).

tardía aparición en 1987 y sobre todo su regulación de la última década y media (epígrafes IV y V).

La historia de la fundación en Francia es, realmente, la de un Ave Fénix. Una historia de supervivencia más allá de las dificultades y de los avatares a los que quedaron expuestas aquellas instituciones que fueron las que, más adelante en otros lugares formaron la forma «fundación»: obras pías, universidades, mayorazgos, vinculaciones privadas y amortizaciones públicas, que también existieron en Francia y tuvieron enorme presencia y fuerza.

Para llegar a tal punto, en el que se exponga su régimen jurídico sustantivo y fiscal actual y sus bases generales, será necesario, no obstante, realizar una aproximación conceptual básica que permita entender de qué estamos hablando cuando hablamos de *fondation* en Francia. Lo cual es mejor realizarlo, nos parece, comparándolo con lo que aquí ha sucedido. Adelanto algunas apreciaciones señalando que aún con diferencias de velocidad e intensidad, la historia de nuestra fundación, como institución jurídico-social, corre pareja a lo que aconteció en Francia.

También por ello parece pertinente hacer una aproximación histórica y social que facilitará entender cuál es su papel y cuáles son sus fortalezas y debilidades. Cuestión asociada a su presencia social a través de algunos datos básicos.

Finalmente, y tras hacer el recorrido de la legislación sustantiva y fiscal y los desarrollos que se han producido —que es el verdadero epicentro de este estudio— nos atrevemos a hacer algunas consideraciones sobre aspectos que, por su carácter, pueden ser de especial interés a modo de soluciones compuestas que puedan ayudar a mejorar la regulación en España.

## **II. La fundación francesa: su ser, regulación y definición histórica**

### **1. Idea general**

Es inevitable, por razones de espacio e interés, recoger en un único epígrafe las grandes notas que explican la evolución histórica de las fundaciones en Francia y su marco histórico regulador.

Debemos partir de una realidad «moderna» que no por simplificada deja de ser incontrovertible. La fundación como institución jurídico-social en Francia fue eliminada del universo jurídico-político-social durante la Revolución francesa. Como resultado de esa situación, despareció del Código Civil napoleón de 1804; aunque se mantuvo, oculta y en gran medida ago-

nizante —por más que, como veremos, algunas fundaciones gozaran de gran salud—, durante siglo y medio. No fue hasta un tiempo tan tardío —casi dos siglos— cuando en 1987, mediante una ley para favorecer el mecenazgo, la fundación renace como institución jurídica. Aunque lo hace sin aparecer definida, más bien como un vector, un instrumento «inevitable», para favorecer la filantropía y el mecenazgo. Será después, al finalizar la década de los años noventa y casi alboreando el nuevo siglo XXI cuando la fundación eclosiona de modo claro y existoso.

Esta es, pues, la base de la que partimos. Mientras que en Inglaterra existía ya regulada la *Charity* —equivalente a nuestra fundación o la francesa<sup>2</sup>— desde el siglo XVI, en Alemania estaba regulada la *Stiftung* de diversa manera en sus códigos civiles, y en Estados Unidos también existía un poderoso movimiento filantrópico que utilizaba diversas figuras legales, en Francia la fundación esta «perseguida» y vivía *cuasi in occulto*.

Pero no se puede explicar bien este «resultado» si no se narra, en primer lugar, por qué la fundación francesa es una institución tan baqueteada. Cuáles han sido las causas de tal situación.

## 2. *El itinerario de sus causas históricas*

De manera muy resumida y esquemática, es necesario explicar cuál es el cúmulo de factores histórico-políticos que llevan a tal situación. En el entendido de que se trata de factores concatenados que se producen en doble dirección. De tal manera que son históricos ahora, vistos con perspectiva; pero se trató de posiciones políticas, con su regulación jurídica posterior, que obedecían a factores sociales, económicos, etc., propios de cada momento histórico. Todos ellos, con influencias mutuas, hicieron «masa crítica» para llevar a las fundaciones a la situación apuntada.

Es difícil decir por dónde empezó todo. Pero parece más o menos convenido que las ideas fisiocráticas y el éxito del comercio mundial promovido por Inglaterra y Holanda pusieron en jaque una visión económica estática, y paralizadora, basada en la mera posesión renticia de la tierra, que era propia de ciertos sectores sociales, y muy tradicional en Francia, España o Italia. Los últimos monarcas absolutos fueron poco a poco intentando abolir, con dispar éxito, la acumulación de bienes territoriales dominicales. De hecho, la lucha

---

<sup>2</sup> Lo cual sostengo en: J. C. ALLI TURRILLAS, «La *Charity* inglesa: desarrollo y actualidad (2006-2015)», en J. L. PIÑAR & S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Anuario de Derecho de fundaciones 2014*, Iustel & AEF, 2015.

contra las «manos muertas», las vinculaciones y amortizaciones fueron en Francia, como en España, uno de los caballos de batalla del siglo XVIII<sup>3</sup>. Los Ilustrados consideraron que tal dominio bloqueaba y paralizaba completamente la sociedad y, por eso, había que acometer procesos de desamortización/desvinculación de la propiedad<sup>4</sup>.

Esto se hizo primariamente con la prohibición de nuevas vinculaciones nobiliarias (mayorazgos, sobre todo), y amortizaciones eclesiásticas, nobiliarias o equivalentes. Todas ellas requerían autorizaciones regias especiales. Aunque todo ello ya había ocurrido en Inglaterra (siglos XVI-XVII)<sup>5</sup>, en tanto que Francia y en España estaba recogido en normas tardío medievales, será el final del siglo XVIII cuando estas ideas están en plena vigencia y tratan de imponerse<sup>6</sup>.

La Revolución francesa hará lo que no se pudo hacer antes por tales vías. Además de consolidar las ideas apuntadas, de cambiar las élites y de suscitar situaciones que exigieron especiales medidas fiscales —las cuales necesitan el dinero que se podría obtener mediante las desamortizaciones—, se produjo un factor ideológico clave. Ya no se lucha (solo) contra la vinculación nobiliaria y eclesiástica y los bienes comunales del ámbito local por motivos económicos. Se lucha, por causas y con efectos que son conocidos y que soslayo, contra la nobleza y el clero en sí mismos, por ser los estamentos sociales propios del *Ancien régime*<sup>7</sup>. Y dado que las amortizaciones y vinculaciones de sus bienes son su apoyo económico eliminado tal sustento la supervivencia de tal «clase» resutaría más difícil. Por lo tanto, ya no se ven solo como bienes «liberables», sino como una fórmula para destruir el sustento

<sup>3</sup> R. DAHRENDORF, *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 15 y ss.; y en perspectiva más histórica: J. O. LINDSAY, *El Antiguo Régimen (1713-1768)*, tomo VII de *Historia del Mundo moderno*, Cambridge University press, Barcelona, 1971, introducción.

<sup>4</sup> 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*.

<sup>5</sup> Véase una explicación y bibliografía más completa al respecto en: J. C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?*, Iustel, 2012, pp. 45 a 70 y en «La Charity inglesa...», cit., *in toto*.

<sup>6</sup> Bibliografía en: J. C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2010, pp. 24 y ss.

<sup>7</sup> Así opina, para quien la Revolución fue un derramamiento *inútil* de sangre por unos cambios que, de hecho, ya se estaban produciendo A. de TOCQUEVILLE, *El Antiguo régimen y la Revolución*, Istmo, 2004, *in toto*. Es, resumidamente, una revuelta popular, junto con sucesivos golpes de Estado, todo ello unido a una revolución cultural y política, junto y en cierto sentido revuelto, durante un largo proceso temporal: P. MCPHEE, *La Revolución francesa 1789-1799*, Crítica, Barcelona, 2002, *in toto*.

económico-social del Antiguo régimen o, mejor dicho, las clases que lo sustentaban. Esto tuvo, pues, una influencia clave en el proceso de eliminación de las vinculaciones y amortizaciones, tanto las de fines propiamente particulares como, a la vez, de las que realizaban «fines públicos» (o cuyas rentas permitían a sus patronos realizar «patronazgo» y «mecenazgo» privado de la cultura, el arte, la educación, la beneficencia, etc.)<sup>8</sup>.

Los que dotaban tales bienes eran, habitualmente, la Iglesia y la nobleza. Y lo hacían mediante las rentas y aprovechamientos *de* y *sobre* los bienes demaniales de carácter terrícola. De tal manera que, en el fondo, la vinculación estática de esos bienes a tal fin se confunde, pues a veces está fundida y es indistinguible, con tales bienes y con el hecho de que con esos mismos bienes también tales estamentos se auto-protegen: mayorazgos, capellanías, obras eclesiásticas sin obra pía o caritativa, vinculaciones personales, fideicomisos familiares para la conservación de sus palacios, etc.<sup>9</sup>

Así las cosas, en todos estos países —Inglaterra, Francia y España— tal «eliminación», sobre todo del clero, de sus obras y sus quehaceres, cuando no de ellos mismos, supuso un importante quebranto de toda la obra social, educativa, benéfica y artística que se prestaba con ellos; en el nivel más local, y también en sentido global. Es más, parece que podemos convenir que la Iglesia era el gran sostenedor de los «servicios públicos» que existían en todos estos lugares desde la Edad media. El Estado no existía, la Nobleza llega a algo, pero no mucho, y la Monarquía... pues depende de cada Rey y de la situación de su Erario. Solo la Iglesia tenía una posición fuerte, global, omnipresente en forma física y espiritual. Además, no lo olvidemos, que estaba presidida precisamente por la idea de la caridad en todas las formas posibles de las obras de misericordia materiales y espirituales<sup>10</sup>.

La desaparición de ese brazo, en Inglaterra, llevó a las autoridades a promover en 1601 la primera ley de caridad, que trató de involucrar a las clases altas y medias de aquél entonces en la prestación social a través de los *charities*.

<sup>8</sup> Y. BLANC, «Les paradoxes des relations entre l'Etat et les fondations», en *Administration n.º 198* (2003), pp. 33 a 39.

<sup>9</sup> Esto es lo que produjo ese recelo social hacia el Clero y la Nobleza. Situación que, unos siglos antes, en Inglaterra, puso fácil a Enrique VIII desamortizar o, mejor dicho, expoliar —pues no fue ni siquiera una expropiación con un mal negociado justiprecio— y, a la par, disolver las órdenes religiosas, durante la Reforma: J. C. ALI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?*, cit., pp. 45-51.

<sup>10</sup> Quizá el texto más reciente al respecto puede ser: P. BROWNE, *Through the Eye of a Needle: Wealth, the Fall of Rome, and the Making of Christianity in the West, 350-550 AD*, Princeton University Press, 2014, *in toto*.

*table trusts*<sup>11</sup>. Muy posteriormente, en España las desamortizaciones eclesiásticas y civiles del siglo XIX, precisamente porque no produjeron el beneficio previsto provocaron que, en poco tiempo, se tuviera que aceptar el mantenimiento de las formas privadas de beneficencia pública, pese a que se había pretendido, como en Francia, la extinción de cualquier forma de beneficencia e instrucción educativa en manos privadas<sup>12</sup>.

Pero estamos en Francia. Tras toda la dislocación que el panorama descripto produce a aquellos embrionarios «servicios públicos» prestados «privadamente» por la Iglesia, la nobleza, los gremios y los entes locales, por lo que tuvieron que quedar prestador por los poderes públicos. Nació, así, el Estado napoleónico que a lo largo del siglo XIX creó la escuela, beneficencia, el sistema sanitario públicos, etc. Tal Estado, bien es cierto, universalizó y armonizó, creando la doctrina administrativa del servicio público, las prestaciones con cargo al Erario público y, en principio, sin otra participación privada que la que se concediera bajo estricto régimen (con todos los matices que estas afirmaciones exigen). Lo cual requerirá una verdadera movilización económica, humana, social y espiritual. Y por eso, también, jurídica.

He omitido —ya he dicho que el orden causal es muy difícil de trazar— un dato esencial. Durante todos los siglos que van desde el tardío imperio romano hasta el siglo XVIII, la realidad es, en resumidas cuentas, que la «fundación» como institución jurídica única y por eso unívoca en su regulación, no existe<sup>13</sup>. Existen formas sociales que sirven como sustento a la pía causa, la caridad y la filantropía, el mecenazgo y el patronazgo. Muchas de ellas son y utilizan fórmulas jurídicas ya recogidas en los ordenamientos (el fideicomiso, la fiducia, la «herencia yacente», el *trust* o *use*, etc.). En todos ellos, el elemento clave es quién es su «propietario». En Francia, España, Italia y Alemania desde la (tardía) Baja edad media existía, también, la forma jurídico-cánonica de la «persona ficta» —embrión de la persona jurídica<sup>14</sup>—, la cual

<sup>11</sup> Véase la bibliografía histórica recogida en: J. C. ALLI, «La *Charity* inglesa...», cit., *in toto*.

<sup>12</sup> De ahí también la confusión histórica entre fundación (y fundaciones) y beneficencia (y fundaciones como instituciones de beneficencia): M. VAQUER CABALLERÍA, *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 23 a 29.

Sobre la desamortización y su mayor o menor éxito: TOMÁS Y VALIENTE, F., *El marco político de la desamortización en España*, Ariel, Barcelona, 1971; y VICENS VIVES, J. (dir.), *Historia de España y América social y económica*, volúmenes IV y V, Vicens-Vives, Barcelona, 1972.

<sup>13</sup> J. C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., conclusiones.

<sup>14</sup> En Inglaterra y luego en Estados Unidos, donde tal abstracción jurídica no existe y su modelo rehuye de la ausencia de responsabilidad personal, no obstante, aparece la *Corporation* (de tipo comercial), embrión de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, para fines comerciales. Su importancia y su desarrollo explica por qué en USA se convertirá en la «forma» jurídica más común para proteger sus «fundaciones» durante el siglo XIX (fren-

permitía crear una forma independiente de la persona o personas que dotan esa «fundación». Por lo que la institución fundacional no tenía, propiamente, dueño; sus patronos eran, y son, heterónomos a la institución; y esta lo es a su fundador<sup>15</sup>.

La eliminación de la fundación no se explica solo —aunque parezca bastante— con lo ya apuntado, sino al menos con otros dos factores causantes que se encadenan y entremezclan con todo lo expuesto. El primero sería la tradición jacobina francesa. Ya desde, posiblemente, Enrique IV de Navarra, Francia da pasos muy fuertes en pro de la univocidad estatal y de la prestación pública de numerosos servicios. La Monarquía absoluta y el control de la población, de los Ejércitos y de la producción no se había producido en otro lugar de Europa de manera tan clara (al menos hasta la unificación alemana; si bien el Estado prusiano también lo hace así). De tal manera que no es obra solo de la Revolución y su tono anticlerical; todo esto venía apuntado antes. Francia es jacobina antes de los jacobinos<sup>16</sup>.

El otro factor, el segundo, es un elemento político, pues, muy propio del espíritu de este proceso revolucionario. La lucha contra los cuerpos intermedios o brazos sociales, que tiene un indudable sustrato de ruptura de las estructuras antiguas y sus núcleos de poder. Las ideas filosóficas que provenientes de Descartes y Rousseau, llevan a la Ilustración política a hacer nacer al individuo como sujeto político. Surgido el individuo aparecen sus derechos y, en especial, sus derechos políticos. Ya no es parte de una categoría social, de un brazo que, más o menos proporcional y representativamente, hace valer sus derechos. Ahora es un (su) representante único —un hombre, un voto, una bayoneta— ante el Estado. Por lo que no valen los «cuerpos intermedios». Por lo tanto, toda la obra de educación, promoción, sustento (vivienda, sanidad, beneficencia, etc.) que hacían, a cambio de su «representación» tales cuerpos intermedios —gremios, colectivos, comunas, Iglesias, etc.—son abolidos. Solo queda el hombre y el Estado<sup>17</sup>.

---

te al trust, más común en UK, que, en cambio, marca un importante juego de responsabilidades personales del *board of trustees* (OLECK, H. L. *Nonprofit Corporations, Organizations, and Associations*, 4.<sup>a</sup> ed., Prentice-Hall Inc., 1980 pp. 607-610).

<sup>15</sup> Para todo ello: F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Cívitas, Madrid, 1981; y F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: Junciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984.

<sup>16</sup> El jacobinismo sería, pues, una consecuencia y una evolución derivada del estatalismo. ARCHAMBAULT señala que la tradición jacobina es algo antiguo en Francia; tanto Luis XI como Luis XIV eran tan jacobinos como De Gaulle y Napoleón: E. ARCHAMBAULT, *The Nonprofit Sector in France*, Johns Hopkins Nonprofit Sector Series n.<sup>o</sup> 3, Manchester University Press, Manchester, 1997, p. 17.

<sup>17</sup> D. NEGRO, *Historia de las formas de Estado. Una introducción*, El buey mudo, 2010, pp. 177 y ss.

De tal manera que el Estado, combinando pues los dos factores puestos de manifiesto, ostentará en el siglo XIX el monopolio del «interés general». Ni lo marcan y establecen quienes lo sustentaban y prestaban —Iglesia, nobleza, gremios, monarca—, sino los ciudadanos. Aunque esto que se ha dicho tiene trampa: serán los ciudadanos en cuanto representados en sus cuerpos políticos representativos (los partidos) y, por tanto, por el Estado.

Recapitulando pueden decirse que las consecuencias de todo lo descrito: La consolidación del Estado como elemento determinante de qué sea el interés general. El fortalecimiento del Estado que, con su Fisco, debe obtener de sus ciudadanos los recursos necesarios para prestar los servicios públicos. La práctica eliminación civil de tales cuerpos intermedios como sujetos válidos en el ámbito jurídico-social. Y también la configuración de una regulación civil que protege la herencia familiar frente a los bienes donados o legados a cuerpos intermedios (y por eso la reversibilidad de las donaciones a fundaciones frente al mejor derecho de los herederos legitimarios, fórmula de clara influencia francesa frente a las mayores libertades de testar y donar del mundo anglosajón, con sociedades mucho más abiertas).

De modo y manera que las instituciones que hubieran formado —por contener las notas categorizadoras de tal— la forma «fundación» fueron arrasadas; por lo que la forma abstracta jurídica «fundación», pues, no pudo crearse. En consecuencia el Código Civil napoleón de 1804 no la recoge y, así, en un Estado cartesiano, ordenado y juridificado tan fuertemente, la fundación, simplemente, no existió.

### **3. *Las consecuencias jurídicas de la historia sobre las fundaciones francesas***

#### **A) *Idea general***

Pero en medio de este clima, algunas y no pocas ni poco importantes «fundaciones» que había en el siglo XIX subsistieron<sup>18</sup>. Y lo hicieron, en consecuencia, en un régimen jurídico precario, de recelo y excepcionalidad<sup>19</sup>. En efecto, pese a la *desaparición* de numerosas instituciones y esta *ausencia* de

---

<sup>18</sup> E. ARCHAMBAULT, «France», en A. SCHLUETER, V. THEN & P. WALKENHORST (eds.), *Fundations in Europe. Society, Management and Law*, CAF & Bertelsmann Foundation, London, 2001, p. 124.

<sup>19</sup> Aquí, en España, también la fundación subsistió «por vía de excepcionalidad, las fundaciones comienzan a abrirse paso por unos caminos legislativos retorcidos, estrechos y especiales que vienen a sustituir las iniciales prohibiciones», tal y como recoge F. TOMÁS Y VALIENTE, «Estudio previo», a VV.AA., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, ELE & Marcial Pons, 1995, p. XIX.

regulación, la fundación existía como ente de razón (y en algunos casos como entes reales). Paradójicamente, la ausencia reguladora permitió que su esencia quedara *congelada* y, en cierto sentido, *idealizada* como una especie de *ícono*, tanto para lo bueno como para lo malo. La «fundación», en su sentido más social pero también algunas fundaciones concretas, sobrevivieron soterradamente, aun con dificultades.

Pero las normas habían dejado la «fundación» sin regulación. A decir de Rozier existía una cierta indiferencia<sup>20</sup>. El Consejo de Estado va más lejos... y habla, directamente, de *desconfianza*<sup>21</sup>. En consecuencia, como veremos al tratar de la definición, existe un concepto *lato* de fundación como una «vinculación perpetua de unos bienes hacia un fin de interés general» o una «organización sin ánimo de lucro a la que tales bienes y para tales fines se vinculan». Por eso, todo lo apuntado lleva a Pomey a señalar que no todo lo que en Alemania, UK o EE.UU. sería una «fundación» (*trust, incorporated charities*, etc.), lo es en Francia<sup>22</sup>.

Todo ello obligó a la «construcción» de un concepto jurídico provisional para su «sostenimiento», que realizó administrativamente el Consejo de Estado. Tal régimen jurídico tuvo dos anclas, aparentemente variadas pero muy conectadas. La primera es su vinculación al «servicio público» y a la construcción del Derecho administrativo. La segunda, algo más tardía, es su protección bajo la libertad de asociación.

El primer factor es la aparición del Estado prestacional y el «*service public*» como elemento determinante, cuando no definidor, del ser del Estado administrativo francés. Nota prestatoria en la que se encontró concurriendo con algunas fundaciones históricas (de investigación, educativas, socio-benéficas, mecenazgo cultura, etc.). El fuerte concepto de «establecimiento público» y de la participación de las fundaciones subsistentes al proceso descrito en cuanto instituciones vinculadas al «interés general» en régimen de prestación indirecto y concedido por las autoridades; y a través suya del Derecho administrativo<sup>23</sup>. De tal modo que fue en cierto modo el Derecho adminis-

<sup>20</sup> S. ROZIER, «France», en H. K. ANHEIER & S. DALY, *The Politics of Foundations. A Comparative Analysis*, Routledge London, 2007, p. 157.

<sup>21</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Étude adoptée par la Section de l'Intérieur et la Section du rapport et des études du Consil d'État siégeant en section réunies les 27-28 novembre 1996, en *La documentation française*, Paris, 1997, p. 7.

<sup>22</sup> M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, PUF, 1.<sup>a</sup> ed., Paris, 1980, pp. 24 a 27.

<sup>23</sup> M. HAURIOU, *Teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, en *Obra Escogida*, IEA, 1976, pp. 287-288. Los tratadistas del Derecho público más clásicos han continuado teniendo cierto recelo a la presencia de personas jurídicas porque se elude así la responsabilidad individual y porque el único interés «colectivo» que justifica la voluntad

trativo el que estableciera, indirectamente, el marco general tanto de la institución histórica como de la renacida «fundación» moderna<sup>24</sup>. Esta cuestión, por su gran calado, requiere un epígrafe específico (el B, a continuación).

El segundo factor es la «libertad asociativa». Las asociaciones —como una manifestación de una gran fortaleza de la sociedad civil— tenían y tienen una gran importancia en Francia. Han sido, en cierto modo, el contrapeso social a ese conocido Estado fuerte y omnipresente. En Francia haya alrededor de un millón cien mil asociaciones de todo tipo; varios miles han sido categorizadas con la etiqueta «de interés público» mediante Decreto gubernativo<sup>25</sup>. En tanto que unas cuantas más han sido reconocidas por ser «de interés general» solamente efectiva a efectos fiscales<sup>26</sup>. Todas estas formas asociativas han ocupado su espacio especialmente en el ámbito local, pues era el lugar donde tal participación un modo que se antojaba más abierto, más democrático y más transparente<sup>27</sup>. Tal riqueza ha generado que se hayan servido incluso en la prestación *indirecta* de servicios públicos a nivel local<sup>28</sup>.

---

común de una institución debe ser el «interés general». De tal manera que se justifica, así, la intervención fuerte sobre la «fundación», tal y como iremos viendo; la fundación no puede ser sin tal autorización pública, dirá L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel, I. La règle de Droit. Le problème de l'État*, Boccard, París, 1927, pp. 521 y ss.

<sup>24</sup> De ahí que la mayor parte de los tratados de Derecho administrativo al uso dediquen un apartado a las «personas morales» de tipo fundación (privada). Lo hacen no tanto —que también— para estudiar el ser y funcionamiento de los órganos administrativos de supervisión y control, sino porque, en el fondo, consideran la actividad fundacional como una concurrencia en el «de interés general» que corresponde a los poderes públicos. O, si se prefiere, como una suerte de descentralización funcional *impropria* del fin público que sería propio de la Administración. De ahí, pues, que su estudio lo realicen en sede de Administración funcional y establecimientos públicos: R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tomo I, 9.<sup>a</sup> ed., Montchrestien, París, 1995, pp. 305 y ss.; G. DUPUIS & M. J. GUÉDON, *Institutions Administratives. Droit Administratif*, 2.<sup>a</sup> ed., Armand Colin, 1988, pp. 232 y ss.; J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, 19.<sup>a</sup> ed., Dalloz, París, 2002, pp. 37 y ss.; J. RIVERO, *Droit administratif*, 13.<sup>a</sup> ed., Dalloz, París, 1990; P. SERRAND, *Manuel d'institutions administratives françaises*, 2.<sup>a</sup> ed., Puf, París, 2007; e Y. GAUDEMEL, A. De LABAUDÈRE & J. C. VENEZIA, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 13.<sup>a</sup> ed., 1999, pp. 247 y ss. Véase, sobre ello, también el epígrafe 2.2. b).

<sup>25</sup> Para más información al respecto: P. KAMINSKI, *Les associations en France et leur contribution au PIB*, ADDES & Fondation Credit Cooperatif, 2006; y V. TCHERNONOG, *Le paysage associatif français: mesures et évolutions*, Dalloz, 2007. El listado completo puede consultarse en: [http://www.interieur.gouv.fr/sections/a\\_votre\\_service/vos\\_demarches/association-utilite-publique/arup/view](http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_votre_service/vos_demarches/association-utilite-publique/arup/view).

<sup>26</sup> <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-16885QE.htm> (2012/2013).

<sup>27</sup> E. ARCHAMBAULT, «Puurquoi les fondations sont-elles si rares en France?», en D. GIRARD (ed.), *Solidarités collectives: famille et solidarités*, L'Hartmann, París, 2004, pp. 165–181 (disponible en <http://matisse.univ-paris1.fr/doc2/archamb04.pdf>, 2012).

<sup>28</sup> Como recoge el propio F. ALBI en el *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960.

Sobre tal base, a fines del siglo XIX, en ausencia de un régimen propio, el Consejo de Estado señaló que el régimen jurídico de las fundaciones es un «droit dérivé», afianzado por la ley de asociaciones de 1901, por la Constitución vigente y, de modo especial, por la aceptación de los establecimientos públicos, que ya apuntara<sup>29</sup>.

Es decir, entre el Estado y las asociaciones existía un exiguo brazo fundacional intentaba abrirse paso muy atado a la protección jurídica brindada por la realidad asociativa. En términos modernos podría decirse, pues, que el sector «voluntario» de las *universitas personarum* sirvió de paraguas de otras *universitas, rerum*. Así pues, la ausencia de una regulación sobre la fundación a comienzos del siglo XX hizo que tal figura quedara, en gran medida, suspendida del más amplio fenómeno «asociativo».

Además de todo lo apuntado, causas principales, además, algo más adelante, durante los años 60 y 70 del siglo XX se produjo la construcción doctrinal del denominado «tercer sector» o «sector no lucrativo». Esto tuvo también, cierto efecto sobre una «fundación» que continuaba sin tener un perfil normativo fuerte. Por esto ha quedado muy influenciado por un gran número de factores que, en principio, podrían resultar ajenos a su naturaleza propia. Así, no es baladí que la fundación francesa *renaciera*, precisamente en 1987 bajo el título de una «Ley de incentivo al mecenazgo» y que tal norma surgiera durante un proceso de *des-regulación* y relativa *privatización* de diversas funciones públicas ligadas a las prestaciones «de interés general» que monopolísticamente tenía el Estado francés desde hacía mucho tiempo. Tampoco es casual que, con posterioridad, en las sucesivas normas que recorreré, hayan surgido otras fórmulas fundacionales en el marco de un progresivo cambio social hacia un modelo de mayor concurrencia privada en el «interés público». Lo cual es, en Francia, si cabe, más llamativo, por cuanto el interés general ha sido —y continúa siéndolo en gran medida— un coto muy particular de los poderes públicos<sup>30</sup>.

#### B) *El interés público y las fundaciones en Francia*

Tal y como apuntara, el primer factor clave para entender el régimen jurídico-administrativo, tan intervenido, de la fundación francesa es su relación con el «interés general» y qué sea este. Es, en efecto, muy difícil entender el ser y existir de las fundaciones en Francia, visto todo lo antedicho, sin hacer un mínimo recorrido por su vinculación a tal «interés general». Lo cual de-

---

<sup>29</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rendre Plus Attractif le Droit des Fondations...*, cit., p. 11.

<sup>30</sup> S. ROZIER, «France», cit., p. 158.

riva, como apuntara, del jacobinismo estatista histórico francés, de la monopolización del interés general en la Revolución, la eliminación de los Cuerpos intermedios (políticos y sociales) y la apertura, vía «establecimiento público», a la prestación concurrente de los servicios públicos por parte de «entes privados». Por esto aunque pueda resultar un tanto extemporáneo, debemos dedicar algunos párrafos a este tema antes de pasar a la regulación jurídica concreta.

Así como en el mundo anglosajón y germánico existe una primigenia concurrencia público-privada —en el caso de los EE.UU. de preeminencia privada, estrictamente— en el «interés general» y, con él, de pleno respeto público en tal participación, no es lo que ocurre en Francia. Así, el criterio aquí es que la fundación francesa ha sido *una manifestación* —una más, aunque no una cualquiera— *del moderno y omnipresente estatismo que empapa todo el sistema social y jurídico francés*. Todo pivota en torno al Estado: porque es él, porque deriva de él, porque depende de él, o porque mantiene una relación de conflicto; o todo a un tiempo<sup>31</sup>. El Estado marca o establece el interés general, regula la participación en él, y declara particularmente si una concreta institución puede concurrir en él mediante un proceso particularizado de declaración de utilidad pública.

Fue la Revolución cuando apareció el concepto «utilidad pública» que subsumió a las, posiblemente inexistentes como conceptos abstractos, ideas de «interés general» e «interés público». Para Turgot la «utilidad pública es la ley suprema»<sup>32</sup>. La «utilidad pública» se convirtió, por efecto de ese estatalismo monopolístico, en el paradigma interpretador del «interés general» y, concretamente, en el criterio autorizatorio para la participación en él de cualquier institución privada. El interés general es, pues, una derivación de la utilidad pública. Utilidad pública que se convirtió paulatinamente en un procedimiento, estrictamente hablando, de autorización —cuando no concesión— realizado por las autoridades para cualquier sujeto o conjunto de sujetos que quisieran participar en el «interés general» (asociaciones, empresas, etc.). Como añade Mestre, la «utilidad pública» se convirtió en la modernización laica de la *pia causa o favor religionis* proveniente de la Edad media; por lo que, de

<sup>31</sup> C. DEBBASCH, «Le cadre juridique de las fondations», en *Les Fondations un mecenat pour notre temps?*, Collection Science et Droit Administratifs, PU D'Aix-Marseille, 1987, pp. 25 y ss.

<sup>32</sup> «Foundation», atribuida a TURGOT en *Encyclopédie ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers*, tomo VII (FO-GY), Paris, 1757, *in fine*.

modo especial, esta nota ha quedado como algo particularmente imbricado en el sistema fundacional<sup>33</sup>.

Así, la «declaración de interés público», proceso administrativo fundamental en la historia de toda forma *civil* organizada en Francia, ha resultado, sin perjuicio de sus indudables virtudes, un valladar casi infranqueable para las fundaciones. Por eso durante tanto tiempo se categorizó a la fundación como una suerte de donación o legado al Estado —y, así, se trataba de un negocio receptio y bilateral; frente al negocio unilateral no-receptio que pretenden los civilistas— *por y para* concurrir en la atención de fines públicos. Es decir, fue una auténtica *concesión* de servicio público. Esa era la única forma de que el Estado aceptara tal cuerpo privado, como puro delegado o distribuidor de una facultad pública<sup>34</sup>.

Merced a los cambios legislativos producidos desde 1987 e impulsados en este siglo XXI, esta aceptación de que la participación privada en el interés general no es ya tanto una participación derivada del monopolio estatal, las fundaciones se están volviendo a considerar como «cuerpos intermedios» entre el Estado y el ciudadano. Es decir, se está produciendo un cambio de paradigma. Las fundaciones, pues, cumplen una labor de engranaje ordenado, de determinación de fines y apoyo operativo entre el «interés general» como concepto difuso y la persona/as físicas o jurídicas que pretenden actuar en interés de la colectividad. En tal sentido no dejan de ser una suerte de ruptura ordenada y controlada del principio de lucha revolucionario contra los cuerpos intermedios entre el individuo y el Estado. Así, dice Blanc, se va abriendo nuevas perspectivas de la realidad social y nuevas formas para encarar los problemas, muy al estilo de las fundaciones americanas,

*Les fondations, comme les associations, sont des institutions de la société civile qui ont vocation à explorer des domaines nouveaux de l'intérêt général; c'était déjà vrai de l'Institut Pasteur en 1887! S'il est indéniable que l'administration exerce, sous le contrôle du juge, un réel pouvoir d'appréciation, aucun fait ne permet d'affirmer qu'elle l'exerce de façon restrictive ou malthusienne<sup>35</sup>.*

<sup>33</sup> J. L. MESTRE, «Les Fondations dans l'Historie», en C. DEBBASCH, *Les Fondations un mecenat pour notre temps?*, Collection Science et Droit Administratifs, PU D'Aix-Marseille, 1987, p. 17.

<sup>34</sup> MIRABEAU, recogido en G. DE LAPRADELLE, *Théorie et pratique des fondations perpetuelles*, París, 1895, pp. 441 y ss.

<sup>35</sup> Y. BLANC, «Les fondations françaises et la tutelle de l'État», en *Légitimité et fonctions des fondations en Europe et aux Etats-Unis*, Colloque organisé par la Fondation Mattei Dogan (Paris) et le Social Science Research Council (New-York), 27-29 mai 2004, p. 5.

### C) *Los efectos jurídicos generales*

La regulación civil es, en gran medida, inexistente. Así que la existencia real de las fundaciones vino determinada, como se dijo, por el Consejo de Estado y su vinculación a la utilidad pública. Más como quiera que —como se acaba de exponer— es el Estado quien se encarga de ello, primaria (aunque no primigeniamente), esto tiene consecuencias importantísimas, como acabo de apuntar en el anterior epígrafe.

La hilvanada conjunción de factores ya expuesta ha generado un sistema jurídico que podemos calificar de exigente. Para existir, una fundación existe quedando autorizada mediante un estricto sistema de concesión (*octroi*); su ser y funcionar está participado por el propio poder público; y su transcurrir está muy supervisado en su actuación diaria, casi podríamos decir que es un modelo tremadamente intervenido.

Indudablemente existe un fuerte dirigismo público de las instituciones «civiles». La fundación sigue las pautas que le da el ordenamiento. Este dirige y establece su forma, pre-determina sus fines y le da carta de naturaleza. Así la somete a un fuerte control, tanto de creación como, luego, operativo. La protección del «interés público» que cada fundación realiza particularizadamente y de la voluntad del fundador serían, en tal sentido, aspectos secundarios y derivados con respecto a la aceptación *concesional* de que participe en ese «interés general». Esto se pone de manifiesto, también, en que cada vez que el poder público ha visto necesario un nuevo modo de actuar que resultaría propio de la fundación, ha identificado el objetivo y establecido, ordenada, cartesianamente, una nueva forma de fundación *adjetivada* y, así, vinculada estrechamente a ese nuevo objetivo, como ahora veremos al hablar de los tipos de fundación<sup>36</sup>.

En cierto modo, pues, la autonomía *existencial* de la fundación francesa —que no la autonomía concreta de cada fundación en particular; aunque, en gran medida, también— está sometida siempre a un estricto régimen de concesión y vigilancia. La fundación es *cuando, cómo y porque* el Estado deja que sea. Aunque se aprecian claras pautas de cambio, doscientos años de imposición estatalista —y, como recogiera, incluso de pura negación legal de su existencia— pesan demasiado<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Es decir, la fundación no ha surgido de la sociedad y ante tal fuerza se ha acomodado el Derecho, como ha ocurrido en otros lugares (especialmente EE.UU. y Alemania). F. FUKUYAMA, *The Trust. The Social Virtues & The Creation of Prosperity*, The Free Press, NY, 1995, pp. 113-116.

<sup>37</sup> M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, cit., p. 162.

Veamos todo ello en su régimen concreto. Tanto las leyes civiles y administrativas como la normativa fiscal —en especial en sus Instrucciones de 2006 y 2008— han precisado el alcance del «interés general», que el CGI denomina «utilidad social»<sup>38</sup>.

—Primero, la nota del «interés general» de las fundaciones, según las normas fiscales —pues otras normas se sirven del concepto «utilidad pública»— debe:

- Por un lado, ser «general», lo cual es sinónimo de *indeterminado previamente* en sus sujetos; es decir, que no tengan un público nominativo directo (lo cual genera una interpretación compleja)<sup>39</sup>;
- Y, de otro lado, debe ser *suficientemente específico* en su objeto. Es decir, debe combinar su indeterminación de sujeto, con la determinación del objetivo<sup>40</sup>.

—Para la determinación aún más concreta, y de manera muy resumida, de cuándo existe objetivamente en la institución la «utilidad pública», además se han establecido una serie de pautas:

- La primera es la *gestión desinteresada*, sustanciada en una remuneración de sus patronos, en su caso, muy controlada.
- La segunda es la completa *transparencia financiera*, sustanciada en sus deberes contables y de auditoría ante las autoridades y publicados.
- La tercera, la auto-regulación organizativa y de control con mecanismos que permitan el control público y el interno.
- Y, en cuarto y último lugar, la *utilidad social*, manifestada principalmente a través de la regla de las 4Ps: producto propio (no concurrente con el

---

<sup>38</sup> Se habla de una auténtica «alquimia» en la elaboración del criterio de la «utilidad pública» (o «interés general»), V. PAOLI-GAGIN & A. VUILLEMIN-SEGARRA, *Fondations et Recherche. Fondations reconnues d'utilité publique, Fondations de recherche, Fondations de coopération scientifique*, Actua Entreprise, Gualino éditeur, Paris, 2007, pp. 20 y ss.

<sup>39</sup> E. BARON & X. DELSOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise, Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise. Régimen juridique et fiscal*, 2.<sup>a</sup> ed., Juris Service & AGEC, 2004, p. 55 y ss.

<sup>40</sup> Esta última nota —la de la especialidad— ha sido algo discutida y discutible, como también lo está siendo que, bajo el uso del término «filantrópico», se extiendan las fundaciones a objetos de naturaleza quasi políticas: O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations*, 4.<sup>a</sup> ed., Admical, 2007, pp. 136-137, y L. DEVIC, «Mécénat et fondations: vers un peu plus d'audace?», en *Juris Assoc.* n.º 272 (2003), p. 28.

mercado privado), público (para todos), precio proporcionado, cuando exista; y ausencia de publicidad-marketing<sup>41</sup>.

\* \* \*

La intervención pública se realiza en Alemania para proteger el patrimonio y la voluntad del fundador. En EE.UU. tiene como fin evaluar que la fundación sirve a la sociedad y, por ello, que puede gozar de determinados beneficios fiscales<sup>42</sup>. En Francia, en cambio, ambas conjuntos de propósitos serían consecuencias *secundarias* de la necesidad de dar validez a la intervención privada en la esfera de intereses que *solo* al poder público le corresponde prestar; he aquí la *causa causarum* de la intervención pública. De ahí, pues, que tal entrada se realice mediante un acto administrativo puro: la «declaración de utilidad pública». Esa declaración *concede* —en sentido jurídico estricto— mediante el otorgamiento de la personalidad jurídica la participación en el interés general. Sus consecuencias secundarias, no sus causas, serán que también el poder público vela por el patrimonio, la voluntad del fundador. Y, finalmente, se le conceden unos beneficios fiscales.

Se van intuyendo otros cambios más difusos y difíciles de aprehender. La sociedad de la comunicación o mundo global, la ruptura de la dicotomía público-privado, la larga y lenta crisis que está sufriendo el «Estado de bienestar» —culminación del modelo nacido en el siglo XIX—, es algo que no puede ocultarse, menos en estos últimos años<sup>43</sup>. Esta progresiva imbricación público-privada que supone la fundación, con todo lo dicho, supone una cierta ruptura del modelo socio-político imperante hasta tiempos bastante recientes. No puede decirse que sea una ruptura tan abrupta como la que produjo la Revolución francesa. Pero puede llegar a tener la misma profundidad. Si esto se va abriendo camino precisamente en Francia, qué no será en otros lugares<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Así ha sido recogido por el Consejo de Estado, con motivo de la tasación de una Asociación reconocida de interés público «La Jeune France», CONSEIL D'ETAT, *Chambre des Requêtes*, asunto n.º 170.289, año 2000.

<sup>42</sup> Para todo ello véase los capítulos correspondientes en: K.J. HOPT & T.V. HIPPEN (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, *in toto*.

<sup>43</sup> I. SOTELO, *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta & Fundación A. Martín Escudero, 2010; y, en sentido más ensayístico: T. JUDT, *Algo va mal*, Taurus, 2010.

<sup>44</sup> E. PISANI, «Administration de gestion, administration de mission», en *Revue Française de Science Politique (RFSP)*, Año 6.º, n.º 2 (1956), pp. 315 y ss.: [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp\\_0035-2950\\_1956\\_num\\_6\\_2\\_402692](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp_0035-2950_1956_num_6_2_402692).

#### D) *El sistema jurídico regulador: recorrido general*

El apuntado espíritu racional y cartesiano típico de Francia exige una determinación muy clara de qué sea cada institución jurídica al uso. El Derecho privado, a través del Código Civil de 1804, codificó el marco jurídico general de las instituciones sociales y el Derecho público-administrativo, que regula tanto la actividad de los órganos de control como —y esto es importante— la institución en sí misma. Curiosamente, la importancia de las normas fiscales ha sido muy secundaria con respecto a las dos ramas señaladas. Tanto la calificación fiscal como otra serie de aspectos jurídicos quedaron muy determinados por la fuerte caracterización inicial de la institución bajo el binomio Derecho civil-Derecho administrativo.

En ausencia de una regulación realizada por el Código Civil la norma más importante que «rigió» las fundaciones durante más de ochenta años ha sido la Ley de 1 de julio de 1901, reguladora del derecho de asociación. En tal ley estaban las bases de numerosos aspectos que afectaban a las fundaciones. Entre ellos quizá el más importante fue la aparición de la «asociación reconocida de interés público». Figura que, como tal, gozaba de un *status privilegiado* y a la cual se le otorgaban ciertas ventajas fiscales.

En puridad, la primera ley que reguló el fenómeno fundacional de un modo más o menos claro, fue la Ley 87-571, de 23 de julio de 1987 sobre el desarrollo del mecenazgo (*développement du mécénat*). No se trata de una Ley sobre fundaciones, sino sobre uno de los medios que la filantropía necesita para existir. Es sintomático, pues, que sea sobre el «mecenazgo», aspecto que no deja de ser un aspecto importante, pero colateral, con respecto a la fundación. Fórmula, además, muy institucionalizada de la filantropía o el altruismo caritativo que enmarcaría de un modo mucho más amplio, socialmente amplio, al fenómeno fundacional<sup>45</sup>. Es decir, para acoger la posibilidad de donar y legar, de ser un mecenas, se *permite* la institución una figura que reciba este dinero y actúe con él; esto es, se acepta la institución fundación.

Abierta esta estrecha brecha, la fuerza del hecho caritativo/filantrópico devino imparable. La Ley 90-559, de 4 de julio de 1990 aceptó la fundación *stricto sensu* y se reguló con mucha complitud la tipología básica de funda-

<sup>45</sup> La ley de 1987 creó el Consejo Nacional de Fundaciones (CNF) cuya finalidad es la de coordinación al más alto nivel de la información para y sobre las fundaciones, ayudarlas en su constitución y realización así como en su vida. También tiene la misión de ayudar a la toma de decisiones al respecto del poder público y la proposición de propuestas sobre fundaciones y mecenazgo. Se reformó por la ley de 1990 y ha quedado regulado por Decreto 91/1005 de 30 de septiembre de 1991 en su composición y funciones concretas.

ciones. Luego, el Decreto 91-1991, de 30 de septiembre desarrolló todo ello con más exactitud. No obstante, si bien se producen ajustes en la legislación en los años siguientes, habrá que esperar varios años para que, con esas mimbre, se construya una gran alfombra fundacional en Francia.

La gran modernización se produjo por la Ley 709-2003, de 1 de agosto, relativa al mecenazgo, asociaciones y *fundaciones*, especialmente dedicada a los efectos fiscales. Esta ley, moderadamente liberalizadora, modificó la estructura y presencia de funcionarios en los órganos de gobierno de la fundación, mejoró y simplificó el sistema de registro y autorización, perfeccionó los controles realizados por los tribunales de cuentas (*Chamber de Comptes*) y restructuró los órganos de gobierno fundacional, principalmente. Lo realmente notable, a los efectos de este epígrafe es que, como he subrayado, por fin reconoce la figura en su propio título<sup>46</sup>. El camino para esta norma no fue, precisamente, llano y es de interés<sup>47</sup>.

Que el panorama ha cambiado notablemente se aprecia, también, en la creación de las por Ley 18 de abril de 2006, de las «Fundaciones de cooperación científica». La Ley de 10 de agosto de 2007 creó las «fundaciones universitarias» y las «fundaciones partenariales». Aunque la novedad más importante ha sido la creación —después de un largo proceso de estudio<sup>48</sup>— de los «fondos de dotación» (*Fond de Dotation*), por Ley 2008-776, de 4 de agosto, de modernización de la economía (de 8 de agosto de 2008, desarrollada por Decreto de 2009-158, de 11 de febrero 2009 y una Instrucción sobre su régimen fiscal de 9 de abril de 2009). Se trata de una importante novedad en lo material e, incluso, en lo conceptual en el ámbito legislativo francés<sup>49</sup>.

Otra materia que había ido siendo transformada ha sido el Código general de Impuestos (*Code Général de Impôts*, en adelante, CGI). Este se ha ido

<sup>46</sup> *Loi relative au mécénat, aux associations et aux fondations*, n.º 709, 1er Août 2003.

<sup>47</sup> Tan tempranamente como el año 1996 se había constituido un grupo conjunto formado por miembros del poder legislativo, la Administración pública y el Consejo de Estado. Esto explica que, simultáneamente, el Consejo de Estado, mediante Decreto de 2 de abril de 2003, propusiera unas nuevas directrices, conforme a la nueva ley que venía, para la elaboración de los estatutos de las fundaciones y proceso de aprobación de las fundaciones, que sustituyen a unos muy enmendados Estatutos-tipo aprobados en 1966, muy renovados en 1977 (que habían sustituido a los primeros de 1893): CONSEIL D'ÉTAT, *Rendré plus attractif le droit des fondations*, cit., *in toto*.

<sup>48</sup> *Fonds de Dotation*, número especial, *La documentation Française*, 2010, *in toto*: [http://www.economie.gouv.fr/directions\\_services/daj/cjfi/2010/cjfi-special-fonds-de-dotation.pdf](http://www.economie.gouv.fr/directions_services/daj/cjfi/2010/cjfi-special-fonds-de-dotation.pdf).

<sup>49</sup> L. DEVIC, «Fond de dotation: un outil révolutionnaire pour les mécènes», *Juris Assoc*, n.º 386 (2008), p. 29; y, como más detalle, C. AMBLARD, *Fonds de Dotation. Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, Lamy Axe Droit, Paris, 2010.

adaptando tanto a las nuevas figuras como a la necesidad de ajustar su régimen de exenciones fiscales a los nuevos tiempos y exigencias de la sociedad. A raíz de estos cambios, tanto el CGI, sus normas de desarrollo, como los criterios administrativos de aplicación habían realizado un importante esfuerzo de simplificación y mejora en la tasación, que también han contribuido a una fiscalidad más ventajosa y sencilla<sup>50</sup>.

Finalmente se han producido ciertas modificaciones en el Código Civil, en materia de responsabilidad de los miembros directivos de las asociaciones (2002). También se aprobó un nuevo Código Penal en 2003, con algunos cambios con respecto a la responsabilidad penal de los miembros del gobierno de las «personas morales».

#### 4. Una definición de las fundaciones en Francia

Aunque Francia carezca de una definición jurídica clara y distinta, esto no significa que haya confusión conceptual. En Francia, a lo largo del recorrido expuesto, la institución «fundación» se ha mantenido como una figura clara y distinta. Es precisamente esta ausencia de concepto legal el que permite que, según el ángulo que se adopte, se pueda definir, sin falsedad, como una cosa u otra (una finalidad pública prestada por sujetos privados, un patrimonio para un fin general, etc.). Por eso lo que legalmente está protegido es, inequívocamente, solamente el nombre.

Merced a tal «olvido», en Francia la fundación ha recibido otras modelizaciones, que paradójicamente han servido para su protección jurídica, pero sin contaminar su identidad. La primera es, si duda, es la clarividencia doctrinal, para la cual la fundación *no* es una forma cualquiera de institución-no-lucrativa. La segunda es que al ser tan pocas y tan rotundas, tales fundaciones tuvieron poco peso, en los años 80-90 del siglo XX, dentro del sector lucrativo<sup>51</sup>. En efecto, aunque el fenómeno no lucrativo —especialmente bajo las formas asociaciones, mutuas, cajas de crédito y cooperativas de diverso tipo— había alcanzado cotas generales paragonables a las de UK o Alemania, dentro de él, el componente fundacional era muy pequeño<sup>52</sup>; su

<sup>50</sup> Para ello, véase: O. BINDER, *Guide juridique et fiscal...*, cit., *in toto*.

<sup>51</sup> E. ARCHAMBAULT, «Defining the Nonprofit sector in France», en *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, n.º 7, L. M. SALAMON AND H. K. ANHEIER (eds.), The Johns Hopkins Institute for Policy Studies, Baltimore, 1993. Publicado en el *Nonprofit Sector Series* n.º 1, de 1993 (disponible en [www.css.jhu.edu](http://www.css.jhu.edu), sección NPS, documentos, versión pdf).

<sup>52</sup> L. M. SALAMON & K. H. ANHEIER, «Social Origins of Civil Society: Explaining the Nonprofit Sector Cross-Nationally», *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit*

lugar lo ocupaban las asociaciones. En gran medida, como ya se ha recogido varias veces, la libertad de asociación, y el régimen legal ventajoso del que éstas gozaban al menos desde 1901, había producido que dominaran el terreno que podría haber ocupado —y ocupa en otros lugares— la fundación. Así no se ha producido el contagio que ha ocurrido en otros lugares con el fenómeno no lucrativo (*organismes sans but lucratif*)<sup>53</sup>. De hecho, en los primeros estudios globales realizados en Francia al respecto, la fundación apenas asomaba; lo cual es sintomático<sup>54</sup>.

Con todo lo dicho quiero insistir en que ninguna norma francesa ha realizado una definición, ni más abstracta, ni más práctica, ni siquiera por mera acumulación de caracteres de qué pueda ser una fundación. La doctrina, cauta, tampoco se ha aventurado a proponer una. No obstante, cuando se lee sus textos legales y doctrinales, la sensación clara es que tienen una concepción muy similar a la nuestra. En tal sentido el estudio casi único que se realizó en Francia sobre las fundaciones en todo el siglo xx, el de Pomey apela al «sentido común» y a la tradición —lo que todo el mundo entiende por fundación— para justificar la ausencia de una definición legal<sup>55</sup>. Su concepción común está tan aceptada que se dice que es una institución «legalmente protegida», aunque sin estar normativamente recogida<sup>56</sup>.

Tal y como ya se ha dicho, el Código Civil de Napoleón de 1804 no incluye ni a la fundación ni a la persona jurídica de base patrimonial vinculada perpetuamente a *cualquier fin*. Únicamente el artículo 910 señala —y es otra prueba más del latente recelo a todo lo que sonara a *main-mort*— que, «*las disposiciones entre vivos o mortis causa en provecho de hospitales, de pobres, o de una comunidad, o de establecimientos de utilidad pública, no tendrán efecto en tanto no sean autorizados por un acuerdo del Gobierno*».

---

*Sector Project*, n.º 22, The Johns Hopkins Institute for Policy Studies, Baltimore, 1996 (publicado en el *Nonprofit Sector Series* n.º 4, de 1993. Publicado en el *Nonprofit Sector Series* n.º 4, de 1996 (disponible en [www.css.jhu.edu](http://www.css.jhu.edu), sección NPS, documentos, versión pdf).

<sup>53</sup> K. DECKERT, «Nonprofit organizations in France», en K. J. HOPT & T.V. HIPPEN (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010, p. 268.

<sup>54</sup> Para ARCHAMBAULT, precisamente por la amplitud con que la ley de 1901 definió las asociaciones —«*acuerdo de dos o más personas (...) para cualquier propósito no lucrativo*»— el sistema «no lucrativo» en Francia ha pivotado y pivotará sobre esta fórmula, más que sobre otras. ARCHAMBAULT, *The Nonprofit Sector in France*, cit., pp. 55-56.

<sup>55</sup> M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, cit., pp. 19-20 y ss.

<sup>56</sup> I. COMBES & D. LEMAISTRE, «France», *European Fondation Centre, country profiles*, 2008, p. 1 ([www.efc.org](http://www.efc.org)); e I. COMBES & F. CHARHON (DIRS.), *Fondations. Fonds de dotation. Constitution, gestion, évolution*, 2.<sup>a</sup> edición, Juris Editions, 2016.

El artículo 37 del Código reconoció la existencia de «establecimientos públicos», aunque nada más dijera sobre ellos. Este resquicio fue la pobre vía por la que se produjo una cierta aceptación de estas «vinculaciones» hacia un fin benéfico-caritativo. Así, la mayor parte de las instituciones de tipo fundamental supervivientes de la Revolución fueron *instituciones* benéficas de interés público. Una vez toleradas, el Consejo de Estado las aceptó como «establecimientos públicos» para fines generales, basados en un patrimonio; es decir en gran medida el *fundamento* de las fundaciones<sup>57</sup>.

Se fue asentado, así, una escamoteada concepción de la fundación, a modo de *asociación* patrimonializada. La Ley de 1901 al reconocer a éstas, tuvo cierto efecto beneficioso sobre las otras formas que, solapadamente, co-existían. En gran medida porque permitió que su régimen se aplicara, pretoriana y analógicamente —amparándose en el «reconocimiento del interés general»— por parte del Consejo de Estado, a las fundaciones<sup>58</sup>. De esta manera y en cierto sentido inicialmente *la fundación francesa subsistirá como una suerte de asociación con base patrimonial* en vez de personal, autorizada pretorianamente por el Consejo de Estado y *muy administrativizada* en su ordenación y en la prestación que realiza.

Casi dos siglos después de su práctica abolición, el artículo 18 de la Ley de mecenazgo de 1987 definió las fundaciones tímida e indirectamente como<sup>59</sup>: «*L'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affection irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif*».

Ninguna ley posterior —Ley de 1990, reformas para favorecer el mecenazgo de 2003, Estatutos del Consejo de Estado, arts. 200 y 238 CGI—, ni ningún autor posterior de entre todos los estudiados han querido añadir nada más a esta parca «definición», operativa y sencilla que, quizá por ello, sobrevive sin competidores<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> M. HAURIOU, *Teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, cit., pp. 287-288. Poniéndolos, en cierto sentido, en un posición paralela, aunque separada, de las asociaciones de interés general, basadas en la agrupación de individuos: V. MARGUERIE, «*Etude sur les libéralités faites établissements non reconnus*», en *Revue Critique* tomo XLIV (1878), pp. 505 y 510 (recogido por cita de M. POMEY).

<sup>58</sup> No obstante, en tanto que tal ley eliminó los controles autorizatorios públicos *a priori* para las asociaciones, esto no ocurrió para las fundaciones. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision du 16 juillet 1971*.

<sup>59</sup> O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations*, cit., p. 130.

<sup>60</sup> Dejando a salvo la labor de disección conceptual de las diferentes personas jurídicas de Francia y el extranjero que realizara POMEY; análisis previo a la ley de 1987.

Al igual que ocurría en otros lugares, la ordenación fiscal —aquí el CGI— necesitaba cierta identificación cuando debía señalar por qué determinadas donaciones, legados y actividades comerciales están exentas —o tienen atenuaciones— de tributación, si se dirigen a asociaciones y fundaciones reconocidas de interés público y a las otras fórmulas que han ido surgiendo. Para el artículo 200 del CGI —de un modo muy similar a nuestro art. 2 de la LF— están globalmente sometidos a un régimen fiscal beneficioso, las donaciones y legados con carácter,

*«Philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, concourant à la mise en œuvre du patrimoine artistique (notamment à travers les souscriptions pour financer l'achat d'objets d'art destinés à rejoindre les collections d'un musée de France accessible au public), à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises».*

Como indica el propio artículo 200 CGI —y también recoge, para las fundaciones-empresa el art. 238 CGI— se trata de formas de «interés general» cuya búsqueda es admisible también por otras personas diferentes a los poderes públicos; aunque estos últimos, no obstante, lo tienen como paradigma existencial<sup>61</sup>.

Entonces, ¿qué son las fundación en Francia? El Consejo de Estado, como los antiguos Pretores romanos, institución pública que ha lidiado con la regulación diaria de un buen grupo de institución de tipo fundacional subsistentes a estos dos siglos de amenazas, la define socio-jurídicamente como<sup>62</sup>:

*«... un establecimiento privado dotado de personalidad moral en virtud de un acto de poder público, que tiene por objeto la realización de una obra concebida por el fundador en el empleo de los recursos provenientes principalmente del capital constituido por él mismo y administrado por un consejo de administración cuya composición está establecida por los estatutos».*

Puede decirse, pues, que de esta definición y de la, luego, propuesta por la Ley de 1987, se derivarían las siguientes notas sobre la fundación<sup>63</sup>:

1) *Es una persona jurídica* —en Francia bajo la concepción *personnalité morale*—, aunque no en todos los casos tiene, estrictamente, los derechos y la

<sup>61</sup> E. BARON & X. DELSOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise...*, cit., p. 85; y D. CAPITANT, «Stiftungen im französischen Recht», en K. J. HOPT & D. REUTER (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa; Schnittstelle des Instituts für Stiftungsrechte*, Heymanns & Bucerius Law School, Köln, 2001, pp. 343 y 351.

<sup>62</sup> Resolución de 1 de julio de 1938, recogida en R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de Derecho privado*, Acervo, Barcelona, 1977, p. 40.

<sup>63</sup> Para todo ello: E. BARON & X. DELSOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise...*, cit., pp. 102 y 121.

protección derivada de tal personalidad (cuál es el caso de las *fondations abrites*).

2) *Es una institución de exclusivo interés general y sin fin de lucro (sans but lucratif)*, requisitos ineludibles para otorgarle personalidad, y luego evaluados en su vida operativa.

3) *Está gobernada por una estructura independiente de su fundador* y de otros poderes, aunque esté intervenida y sometida a un (fuerte) control público.

4) Tiene cierto *carácter perpetuo* o, más bien, *permanente* en cuanto a la vinculación de su patrimonio a la consecución de su fin de interés general.

5) Tiene su basamento estructural y conceptual en la existencia de *un patrimonio vinculado al fin público*; aunque el valor de ese patrimonio ha variado.

La definición propuesta por el Consejo de Estado francés, como puede verse, acoge todos los elementos básicos y principales de toda fundación señalados por Anheier y Daly en el estudio cruzado de las notas comunes que se contienen en las fundaciones de varios países europeos (2007)<sup>64</sup>. Tales criterios son perfectamente aplicables a las fundaciones francesas en las formas que veremos en seguida.

## 5. Clasificación de las fundaciones

Aunque sería conveniente exponer aquí todo el régimen de constitución y caracterización privada de las fundaciones este de desplaza a la segunda parte de este estudio<sup>65</sup>. De modo muy simplificado puede decirse que su iniciativa de creación privada adopta las mismas formas civiles que, bajo el Derecho civil y su garantía notarial, son comunes en España, Italia o Alemania.

Así, dos son las formas básicas de creación de fundaciones: a) por *creación directa*, formula para las fundaciones de utilidad pública; y b) por *creación indirecta* mediante una carga de afectación o una carga de fundación a otro negocio<sup>66</sup>. Una fundación en proceso de constitución civil, debe recibir necesariamente para su constitución definitiva la quasi-concesión discrecional del

---

<sup>64</sup> H. K. ANHEIER & S. DALY, «Philanthropic foundations in modern society», en *The Politics of Foundations. A Comparative Analysis*, Routledge, London, 2007, pp. 17-18.

<sup>65</sup> Especialmente al clásico M. POMEY, *Traité de Fondations d'utilité publique*, cit., y a E. BARON & X. DELSOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise*, cit., ambos *in toto*.

<sup>66</sup> G. COURTOIS, «Les fondations et la société français», en *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, Armand Colin, Paris, 1989, p. 96 y ss.

poder público que corresponda. Control, no obstante los cambios producidos, mucho más intenso al que se produce en el resto de países.

El sistema jurídico francés referido a las fundaciones está situado, como hemos visto en el epígrafe anterior, en varias normas que han sido elaboradas en cascada. He aquí otra de las claves del sistema regulatorio francés. Salvando la identidad unívoca de la fundación y su vinculación al «interés general» y «utilidad pública», se trata de distinguir, cartesianamente, la forma idónea para cada fin posible. En tal sentido sucesivas normas han ido estableciendo un complejo sistema de formas fundacionales, adjetivadas según el fin inmediato al que se dirigen y otras circunstancias concurrentes, adaptándose, pues, a las realidades para evitar una regulación jurídica que por ser excesivamente laxa sirviera para todas ellas y, así, creara holguras en su régimen jurídico:

—Fundaciones (reconocidas) de utilidad pública (*Fondation reconnue d'utilité publique*, en adelante, FRUP).

Se trata de fundaciones *privadas* de duración en principio ilimitada<sup>67</sup>, dotadas de un inequívoco fin de interés general y, por tanto, reconocidas como de utilidad pública. La dotación necesaria para su constitución era de un mínimo de un millón y medio de euros. Tal dotación en principio debe ser perpetua, intangible y perdurablemente vinculada al cumplimiento del fin fundacional<sup>68</sup>.

El proceso de aprobación se realiza en y desde el Ministro de Interior. Pero exige la evaluación e información del Consejo de Estado. Tras su informe, la evaluación de su fin, características, patrimonio, etc. el Primer ministro las aprueba mediante Decreto, publicado en el Diario oficial. Tal Decreto les otorga el reconocimiento de la utilidad pública y, con él, la personalidad

<sup>67</sup> Elemento estructural de su esencia, dice M. POMEY, pero que es, precisamente por eso, una de las causas de su compleja existencia: *Traité de Fondations d'utilité publique*, cit., pp. 82-84.

<sup>68</sup> La Ley 709 de 2003 flexibilizó este criterio a través de las fundaciones con dotación de capital consumible (*fondation à capital consomptible*) y de una mejor regulación de las fundaciones de dotación de flujo, que existían desde 1987 (*fondations de flux*). Las primeras permiten que su dotación y patrimonio se consuman totalmente mediante su utilización en uno o varios proyectos concretos; tras lo cual, la fundación se disuelve. De esta manera se relativiza la perpetuidad que se supone a una fundación a la vez que se evita la congelación de su patrimonio sin poderse utilizar. Las segundas permiten que su patrimonio dotacional dependa de las donaciones entregadas fraccionada y escalonadamente, evitando así una tanto la excesiva capitalización de la fundación, con el consiguiente estancamiento, como que esta decaiga por debajo de la dotación exigida. Para ello se exige un compromiso dotacional en un plazo no superior a diez años, con una caución de irreversibilidad, y otros requisitos que son cuidadosamente examinados por el Consejo de Estado. Véase, no obstante, al respecto el apartado «duración» en el epígrafe V para ver la última regulación en este punto.

moral o jurídica para actuar. Todo el proceso tendía a prolongarse hasta tres años, aunque, en los últimos tiempos, se ha reducido considerablemente<sup>69</sup>. Se trata de un control muy rígido (pensemos que las asociaciones tan solo requieren el registro en la prefectura correspondiente). A cambio de todo ese complejo sistema autorizatorio tienen capacidad legal plena, abundantes exenciones fiscales, pueden ejercer actividades comerciales, aceptar legados, herencias, etc.; toda donación a estas fundaciones tiene importantes ventajas fiscales para el donante.

Como puede verse, pues, reúne las tres notas esenciales a una «fundación», según los criterios expuestos arriba: patrimonio organizado, de un modo duradero, hacia un fin de interés general. Así que, estrictamente hablando, «fundación» hay una: esta. Pues todos los demás modelos que ahora recorremos pivotan sobre la base de la *Fondation reconnue de utilité publique*, que es, por así decirlo, como el *genotipo* de la fundación francesa<sup>70</sup>. Las diferentes clases son sino formas *adjetivadas*, cuyo «apodo» está relacionado con sus fines inmediatos, con los sujetos que las forman y con la operatividad.

—Fundaciones-empresa (*Fondations d'entreprise*, en adelante, *FdE*).

De acuerdo con la Ley de 1990 se instituyeron como organizaciones sin ánimo de lucro para el interés público, constituidas de modo social, mutual o cooperativo por parte de una empresa o un grupo de ellas. La finalidad pública está delimitada a un fin benéfico, cultural, educativo o social, en general, pero siempre vinculado al personal y las familias de la empresa o empresas de las que parten. La Ley de 1 de agosto de 2003 modernizó la estructura notablemente: la *FdE* es, desde entonces, una *persona moral* que puede tener el mismo objeto que las *FRUP*, aunque con una duración controlada y en una posición de dependencia sobre una o varias empresas matrices. Es decir, ya no tiene que quedar totalmente vinculada a la empresa, su naturaleza y su personal<sup>71</sup>.

Su duración es, al menos, de cinco años, reevaluable por otros tres años adicionales. Su dotación mínima inicial debe ser de, al menos, 150.000 euros.

<sup>69</sup> I. COMBES & D. LEMAISTRE, *Les Fondations et fonds de dotation...*, cit., *in toto*.

<sup>70</sup> D. CAPITANT, «Stiftungen im französischen Recht», cit., p. 345.

<sup>71</sup> O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations...*, cit., pp. 168-169. En modo alguno pueden ser consideradas fundaciones-empresa en el sentido dado en Alemania: ni su fin, ni su operatividad es la de gestionar una empresa o capitalizar el gobierno de una empresa. Son fundaciones creadas y derivadas de una empresa para unos fines altruistas, construidos a la empresa matriz. En cierto sentido, es una fundación de fines benéficos, semi-autónoma, y cuyo titular es una empresa y no un fundador-particular.

En cualquier caso, su personalidad jurídica no es plena (*capacité réduit*). Las FdE no tienen el mismo régimen de FRUP, por cuanto no pueden recibir legados ni donaciones —salvo por parte de su empresa matriz—, tampoco pueden vincular bienes raíces salvo que estén directamente vinculados a su finalidad y bajo autorización especial. Es decir, su régimen jurídico es más similar al de las asociaciones, con la capacidad justa para llevar a cabo su fin constitutivo. Las deducciones fiscales derivadas son, igualmente, menores a las previstas para las FRUP.

—Fundaciones no autónomas (*Fondations abritée* o *Fondations sous egide*; en adelante, *FsE*).

Con la creación de este tipo de fundaciones se trataba de permitir la existencia de pequeñas fundaciones que por sí solas tendrían serias dificultades para ser autorizadas y complicaciones para ser operativas. Se trata de fundaciones creadas *bajo la égida* de una gran fundación tipo FRUP, específicamente creada para acogerlas. Tal fundación las administra, participa en su gobierno y dirige sus decisiones, dándoles, a cambio, su protección jurídica. Es decir, lo que sería una precaria existencia se convierte en una existencia viable bajo el paraguas de una FRUP que las protege y hace operativas. No necesitan una dotación mínima, por lo cual suelen tener una dotación inicial insignificante; ni ningún régimen de autorización. Su régimen se guiará por el que exija la FRUP bajo cuyo paraguas se acogen. Por ejemplo:

—El *Institut de France*, Fundación «de acogida», de larga tradición y una difícilmente identificable naturaleza jurídica, se tiene por una fundación de Derecho público que asume la representación, gestión y da apoyo organizativo y operativo las Academias francesas de Letras, Ciencias, Moral y Ciencia Política y la Academia, así como varios museos muy importantes.

—La *Fondation de France* fue creada en 1969 por André Malraux y De Gaulle, como figura público-privada —nunca ha sido una fundación pública—, como un lugar de encuentro, con patronos públicos y privados que sirviera para dar apoyo y acoger a los pequeños y medianos fundadores, encauzar la filantropía privada y tenerla bajo cierta supervisión. Hoy día acoge más de 650 fundaciones no autónomas o «sin personalidad» (*sans egide*) a las que presta de todo el apoyo administrativo, fiscal, operativo, las representa y, también, asume todo tipo de responsabilidad.

También existen fundaciones *abritantes* de la Iglesia Católica y Protestante, la Fundación del Judaísmo francés y del Budismo, todas ellas agrupan las pequeñas fundaciones correspondientes a cada credo que tienen dispersas por

la geografía francesa. En todo caso, la FRUP que las acoge debe cumplir rigurosamente con todos los requisitos para ser considerada como tal.

—Fundaciones del patrimonio (*Fondation du patrimoine*).

Por ley de 1996 se crearon como una modalidad de las fundaciones de utilidad pública, pero destinadas a la conservación y arreglo de bienes del patrimonio nacional. Las aprueba el Consejo de Estado conforme a la normativa que prevista para las FRUP y con un régimen general, por lo tanto, prácticamente idéntico al de éstas. Varía tanto en su finalidad cuanto en la composición del patronato, con participación de representantes del Senado y del Congreso. Su régimen operativo es algo peculiar régimen para favorecer la flexibilidad económica y jurídica necesaria para la restauración de los bienes del patrimonio que se le adscriben para su protección. Por eso permite la conservación de la propiedad privada a la que tal bien está vinculado y su herencia perpetua. Es decir, son, por así decirlo, una excepción *publificada* en su uso y protección a las manos muertas para una mejor conservación del patrimonio histórico-artístico.

Pues bien, si estos son los modelos principales, además hay otros derivados y modernos. Dentro del proceso de renovación institucional que se produjo entre los años 2006 y 2007 se crearon tres nuevos tipos de fundaciones, para fines particularmente determinados, dentro de un ámbito similar:

—Fundaciones de cooperación científica (*Fondations de coopération scientifique*)<sup>72</sup>.

—Fundaciones universitarias (*Fondations universitaire*)<sup>73</sup>, y

—Fundaciones de cooperación asociada (*Fondations partenariale*)<sup>74</sup>.

En las tres se busca, de manera general, reforzar la cooperación público-privada en ámbitos tan sensibles como la investigación y ciencia. Las dos primeras tratan de hacerlo en el ámbito educativo y el apoyo a la Universidad; se diferencian en que la primera tiene un ámbito social general, en tanto que la segunda queda atada a la Universidad de la que parte, en tal caso carece de personalidad jurídica propia. En el tercer caso (FP) se trata de vincular a las empresas a la investigación científica global. Las dos primeras se rigen, de

<sup>72</sup> Ley de 18 de abril de 2006.

<sup>73</sup> Ley de 10 d agosto de 2007.

<sup>74</sup> Ley de 10 de agosto de 2007.

manera general, por las reglas de las FRUP, con numerosas especialidades; la tercera se rige, en cambio por las reglas de las FdE, también con excepciones.

No obstante, la importante novedad que suponen exigiría un estudio más amplio y detenido que no puede hacerse y para el cual me remito al completo estudio realizado por Paoli-Gagin y Vuillemin-Segarra sobre todo el conjunto que enmarcan dentro de la necesaria cooperación entre el sector público y el privado en el ámbito de la investigación científica<sup>75</sup>.

— Mayor eco y recorrido, real y conceptual, ha tenido la figura denominada Fondos de dotación (*Fond de Dotation*, en adelante FdD)<sup>76</sup>. Se trata de una figura realizada en imitación al *Endowment Fund* americano. Es decir, una forma de dotar un patrimonio para una «fundación privada» de un modo más flexible jurídicamente incluso que el *trust*.

Como puede apreciarse, se trata de una liberalización del régimen general de las fundaciones en Francia. Es, así, una fundación aliviada de casi todos los controles estáticos y autorizaciones previos de las FRUP y el resto de formas, con idea de incentivar el mecenazgo y facilitar el mantenimiento de fondos fundacionales con propósitos concretos y determinados, de interés general y sin fin lucrativo en todo caso. Por eso conserva, también, prácticamente el mismo régimen fiscal y goza de las mismas ventajas de las FRUP en cuanto a donativos, legados, etc. Los controles, en cambio y como veremos, son prefecturales y no requieren el mismo régimen de concesión que las FRUP, asemejándose más a las FdE; si bien muy leves en cualquier caso<sup>77</sup>.

— Fundaciones hospitalarias (*Fondation Hospitalières*). Se trata de una fórmula creada por Ley 2009-879, de 21 de enero de 2009, cuyo artículo 8.º reforma los artículos 6141-7-3 y 6112-1 del *Code de la Santé publique* y otras normas. Su finalidad es la investigación médica asociada a los Hospitales públicos. Deben ser aceptadas por acuerdo del Consejo de Estado y se rigen, subsidiariamente, por el régimen de las FRUP, aunque sometidas a una supervisión especial por el Consejo de Estado y la autoridad sanitaria pública.

---

<sup>75</sup> V. PAOLI-GAGIN & A. VUILLEMIN-SEGARRA, *Fondations et Recherche...*, cit., *in toto*.

<sup>76</sup> Ha quedado establecida en el artículo 140 de la Ley de 4 de agosto de 2008 para modernización de la economía y desarrollada por Decreto de 11 de febrero de 2009: I. T. REICHENBACH, «Endowment funds “a la française” from an American perspective», cit., pp. 15 y ss.

<sup>77</sup> C. AMBLARD, *Fonds de Dotation...* cit., *in toto*.

La mayor parte de la doctrina, y el Consejo de Estado, ha desestimado la posibilidad de crear fundaciones públicas, por entender que supondría un desmembramiento de la organización administrativa y que, además, el sistema jurídico-administrativo cuenta con figuras «públicas» suficientes para acoger las actividades de servicio público que podrían dar lugar a las fundaciones: establecimientos públicos (EPA y EPIC, principalmente)<sup>78</sup>. Tampoco se acepta, de manera general, la financiación pública de las fundaciones privadas, salvo mediante un régimen de ayudas y subvenciones, sometido a un especial control. Se trata de evitar que, por la vía de la subvención, el Estado incumpla su neutralidad política y religiosa<sup>79</sup>.

Pero el hecho de que no existan «fundaciones públicas» no quiere decir que el Estado no participe en el sistema fundacional. De hecho, como hemos visto, numerosas formas fundacionales tienen que ver, precisamente, con la colaboración público-privada. Así, las fundaciones de patrimonio, las fundaciones hospitalarias y todas las fórmulas 2006/2007 son una manifestación clara de participación conjunta entre el sector público y el privado. Además, cualquier fundación podría ser prestadora, mediante la adecuada habilitación legal o contractual, de un servicio público, pues no hay discriminación de formas en cuanto a su prestación indirecta<sup>80</sup>.

### III. Las cifras del fenómeno fundacional en Francia

El conjunto fundacional en Francia ha ido, con el tiempo, creciendo en importancia desde una posición de desarrollo más bien discreto. Históricamente ha sido un subsector muy reducido con respecto al fenómeno asociativo, de gran magnitud. Por ello, en los estudios globales sobre el «sector no lucrativo» la cuantificación del número de fundaciones ha estado un tanto velada por las grandes cifras de asociaciones y otras formas no lucrativas pero no fundacionales.

—Según los datos del estudio que, entre el año 2000 y 2001, realizara Archambault para la *Bertelsmann Foundation*, el número global de fundaciones era de alrededor de 500 FRUP, 44 FdE y unas 405 fundaciones no autónomas bajo la *Fondation de France* (no tenían datos de otras *fundaciones abritées*)<sup>81</sup>;

---

<sup>78</sup> G. DUPUIS & M. J. GUÉDON, *Institutions administratives...*, cit., pp. 232 y ss.

<sup>79</sup> M. POMEY, *Traité de Fondations d'utilité publique*, cit., pp. 20 y ss.

<sup>80</sup> M. DELREZ, «El Arrêt du Conseil d'État de 8 de junio 1994», en *AJDA* 1995, 921; E. ALFANDARI & F. TOURETTE, *Action et aide sociales*, Dalloz, 5.<sup>a</sup> ed., 2011, pp. 229 y ss.

<sup>81</sup> E. ARCHAMBAULT, «France», en *Fundations in Europe. Society, Management and Law*, cit., p. 121.

el total sería de unas 1.450 fundaciones, más o menos<sup>82</sup>. Teniendo en cuenta que, antes de las reformas legales que hicieron renacer las fundaciones a partir de 1987, el número total de fundaciones era de unas 200 fundaciones autónomas —es cierto que algunas de gran fama—, y otras 300 bajo abrigo de la *Fondation* y del *Institut de France*, el crecimiento en tal período había sido muy importante.

—En 2007 el Ministerio del Interior francés, en colaboración con el Observatorio de la *Fondation de France*, llevó a cabo el primer análisis nacional exhaustivo<sup>83</sup>. No había existido un estudio tan detallado desde el que realizara la *Johns Hopkins University Nonprofit study series* en 1995, que estaba ya muy anticuado, y cuyos datos omito<sup>84</sup>. Según el análisis de 2007 el número de fundaciones declaradas de utilidad pública (FRUP) era de 541, el de Fundaciones de Empresa (FdE) es de 177, el de fundaciones bajo amparo de otras (FA) es de 709 (que no incluye las que están bajo la *Institution de France*), y unas 16 de cooperación científica, pero no las universitarias, hospitalarias ni de cooperación-asociativa. Había unas 29 fundaciones FRUP habilitadas para sostener fundaciones no autónomas, aunque solamente 17 cuentan con fundaciones bajo su abrigo. Debido a las fechas no aparecen datos sobre fundaciones universitarias y de participación, así como fondos de dotación. Tales cifras son muy superiores a las que exponen Rozier (2006-2007) y, sobre todo, el Feasibility Study (2005)<sup>85</sup>; más incluso que el número proporcional a los años transcurridos entre tales estudios. Bien es cierto que en ambos casos no se incluyen las formas fundacionales provenientes de las normas de 2006 a 2008 (de cooperación-asociativa, universitarias, cooperación científica, y hospitalarias).

<sup>82</sup> Otras estimaciones hacia 2001 hablan de un total de 1.109 fundaciones: SALAMON, L. M. & H. K. ANHEIER *et aliq.*, *The Emerging Nonprofit Sector. An Overview*, John Hopkins Non profit sector series n.º 1, Manchester University press, New York, 1995.

<sup>83</sup> O. de LAURENS (dir.), D. LEMAISTRE, V. TCHERNONOG *et aliq.*, *Foundations in France in 2007. Founders, fields of action, economic weight*, Fondation de France-Observatory (Abril 2008): [www.fondationdefrance.org/Outils/Mediatheque/Etudes-de-l-Observatoire?id\\_theme=5028](http://www.fondationdefrance.org/Outils/Mediatheque/Etudes-de-l-Observatoire?id_theme=5028).

<sup>84</sup> L. M. SALAMON & H. K. ANHEIER *et aliq.*, *The Emerging Nonprofit Sector. An Overview*, cit., *in toto*.

<sup>85</sup> Para el primero son 2. 150 fundaciones, en total: 480 FRUP, 70 FdE, unas 1.600 fundaciones *abritées*: S. ROZIER, «France», en *The Politics of Foundations. A comparative analysis*, cit., pp. 160-161. Para el Segundo: 1.226 fundaciones, sin mayores distinciones, que hacen de este estudio no muy confiable: *THE FEASIBILITY FULL REPORT FOR THE EU COMMISSION ON A EUROPEAN FOUNDATION STATUTE*, CSI-Heildeberg Universität-Max Planck Institute, 2009, p. 19.

Según los datos del Ministerio de Interior en colaboración con el Centro francés para las fundaciones, contaría con el siguiente número de fundaciones según cada una de las categorías expuestas<sup>86</sup>:

<b>Statut juridique</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>
Fondations reconnues d'utilité publique	617	626	634	622	630
Fondations d'entreprise*	293	313	344	362	374
Fondations abritées	901	972	1.161	1.204	1.229
Fondations de coopération scientifique	31	37	41	41	38
Fondations partenariales	12	23	20	20	20
Fondations universitaires	27	27	29	29	29
Fonds de dotation	852	1.222	1.842	2.024	2.226
<b>Total des fondations et fonds de dotation</b>	<b>2.733</b>	<b>3.220</b>	<b>4.071</b>	<b>4.303</b>	<b>4.546</b>

De las encuestas de 2007-2008 resulta: el 27% de las fundaciones se dedican a acción social, el 19% arte y cultura, el 18% a la salud. El 57% provienen de personas individuales, y el 27% de compañías comerciales y bancarias (es la cifra que más se ha incrementado). El 66% son fundaciones-donantes (*grantmaking*), 22% a la acción directa (operativas), mientras que el 12% combina ambas acciones (donantes-operativas). Un 6% de las fundaciones emplean más de 10 millones de euros al año en sus operaciones. Todo el conjunto de fundaciones gastaron en 2006, unos 3.727.604 millones de euros, teniendo unos bienes patrimoniales de 9 millones y medio de euros, y con unos 55.500 empleados directos. En cuanto al gasto, el 48% lo emplean en cuestiones de salud, el 31% en acción social, y el 6% en artes y cultura. El 54% pretenden ser permanente, el 43% no, y un 3% no se pronuncian. El estudio citado analiza todo esto con mucho más detalle y a él me remito<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> <http://www.centre-francais-fondations.org/les-fondations-en-france> (julio 2017).

<sup>87</sup> Puede verse, también, FONDATION DE FRANCE-OBSERVATOIRE, *10 questions sur les fondations de particuliers en France en 2007* (V.TCHERNONOG): [http://www.fondationdefrance.org/Outils/Mediatheque/Etudes-de-l-Observatoire?id\\_theme=5028](http://www.fondationdefrance.org/Outils/Mediatheque/Etudes-de-l-Observatoire?id_theme=5028).

Los estudios citados carecen de datos sobre el porcentaje del PIB (GDP) del sector fundacional en Francia, que tampoco están recogidos —y cuando lo están son del NPS en su conjunto— en los análisis de 1997 y 2001 de la *Johns Hopkins University*. En estos análisis, no obstante, nos encontramos con que resulta difícil discriminar a las fundaciones sobre otras formas mayoritarias de instituciones no lucrativas, por cuanto se trata de estudios generales y anticuados sobre el sector «no lucrativo»<sup>88</sup>.

\* \* \*

El fenómeno fundacional en Francia no es especialmente amplio, aunque sí ha quedado ya muy consolidado y en un lento, pero imparable, crecimiento. Rozier (2006) destacó, especialmente, la juventud del proceso de creación y asentamiento del fenómeno: solamente el 7% de las fundaciones tienen más de 100 años, el 15% tienen entre 50 y 100 años, el 17% son de entre 20 y 50 años; todo lo cual implica que en torno al 68% tienen menos de 20 años y el 45% menos de 10 años. La tradicional dependencia del sector no lucrativo, sobre todo de tipo asociativo, de las autoridades públicas, tanto en cuanto a la prestación de servicios, como a la dependencia monetaria, no se ha producido tanto en el concreto sector fundacional. La misma autora citada en este párrafo, explica cómo el sector fundacional está buscando y cubriendo nuevos campos en el ámbito de la investigación social, cultura y arte, sectores olvidados de la investigación científica innovadora; y, en todo caso, sin casi dependencia de fondos públicos<sup>89</sup>.

En términos comparados, Francia ocupa una modesta posición en este ámbito que pone de relieve la gran potencia del sector público y el alto número de asociaciones en ese país, cubriendo en gran medida un amplio espectro de funciones. Así pues, en cifras redondas, sobre una población de casi 67 millones habitantes, existen algo más de cuatro mil fundaciones. Esto supone unas veinte y seis fundaciones por cada millón de habitantes; por lo tanto una fundación para cada 16.700 habitantes. Se trata de cifras muy alejadas, por tanto, de Alemania, Italia y España y enormemente alejadas de Inglaterra o USA.

#### **IV. Régimen jurídico de las fundaciones**

Hasta finales del siglo xx, el funcionamiento de las fundaciones en Francia se basaba esencialmente en las normas dictadas por el Consejo de Estado,

<sup>88</sup> E. ARCHAMBAULT, *The Nonprofit Sector in France*, cit., pp. 100 a 137.

<sup>89</sup> S. ROZIER, «France», en *The Politics of Foundations...*, cit., pp. 162 y 164-169.

sin una regulación legal estricta y concreta. Fue, como ya se ha indicado, en 1987<sup>90</sup> cuando la ley sobre el desarrollo del mecenazgo definió el concepto de fundación y lo enmarcó jurídicamente, limitándose no obstante esta ley a la única forma entonces existente: el modelo de la «Fundación reconocida como de utilidad pública» (FRUP). Desde esa fecha, los textos legislativos se han multiplicado, creando nuevas categorías de fundaciones, desde la fundación de empresa en 1990<sup>91</sup> hasta la fundación hospitalaria en 2009<sup>92</sup>, pasando por el fondo de dotación, inspirado en el modelo anglosajón de los *endowment funds*, creado en 2008<sup>93</sup>. Pero estos textos habitualmente se limitan a unos pocos artículos que se inscriben en un texto legal relativo a asuntos más amplios que los de las fundaciones, y no han sido objeto de ninguna codificación.

Por ello, el derecho francés de fundaciones sigue siendo un derecho principalmente reglamentario y jurisprudencial, que se origina en los Decretos de reconocimiento de utilidad pública, en los dictámenes del Consejo de Estado, en las pocas decisiones de los tribunales administrativos o civiles, o incluso en la práctica. No obstante, como los Decretos de reconocimiento de utilidad pública solo se publican parcialmente, y los Dictámenes del Consejo de Estado son confidenciales en su mayoría, únicamente los estatutos-tipo y los informes anuales publicados por el Consejo de Estado constituyen, aún hoy en día, las principales fuentes realmente accesibles del derecho de fundaciones.

## 1. Constitución

Hasta la instauración del modelo jurídico de fondos de dotación (FdD), y a diferencia de las asociaciones, la creación de la fundación no se dejaba a la libertad total de sus fundadores, sino que debía recibir una aprobación previa de los poderes públicos, o del organismo bajo cuyos auspicios se había creado.

Así, la creación de una FRUP, la forma más antigua y más formalista, se enmarca en la ley que la somete a un procedimiento largo y restrictivo:

---

<sup>90</sup> Ley n.º 87-571, de 23 de julio de 1987 sobre el desarrollo del mecenazgo, artículo 18 y siguientes.

<sup>91</sup> Ley n.º 90-559, de 4 de julio de 1990, artículo 19 y siguientes.

<sup>92</sup> Ley n.º 2009-879, de 21 de julio de 2009, sobre la reforma de los hospitales y relativa a los pacientes, a la sanidad y a los territorios, artículo 8-IV.

<sup>93</sup> Ley n.º 2008-776, de 4 de agosto de 2008, de modernización de la economía, artículo 140.

- depósito de un expediente en el servicio especializado del Ministerio del interior que instruye la solicitud y solicita la opinión de los distintos ministerios concernidos por el campo de actuación de la futura fundación;
- transmisión del expediente al Consejo de Estado que emite un dictamen consultivo;
- por último, concesión del reconocimiento de utilidad pública (y aprobación implícita de la creación de la fundación) mediante Decreto del Primer ministro o del Presidente de la República, publicado en el Boletín oficial.

Este procedimiento, muy formal, se ha mantenido inalterado desde la época napoleónica, período en el cual la creación de fundaciones fue de nuevo autorizada en Francia tras su prohibición durante la Revolución.

Para los demás modelos de fundaciones que disponen de personalidad jurídica, el procedimiento de creación se somete:

- a una decisión discrecional del gobierno: es el caso de las fundaciones de cooperación científica y de las fundaciones hospitalarias, creadas mediante Decreto simple, sin intervención del Consejo de Estado;
- o bien a una autorización del Prefecto del Departamento en el cual se encuentre ubicada la sede de la fundación, para las fundaciones de empresas y las fundaciones asociativas.

Para las fundaciones universitarias, la situación es más ambigua, por razón de una discordancia entre la ley, que somete a estas fundaciones a las normas relativas a las FRUPs, y la práctica administrativa, que somete su creación a una simple deliberación del Consejo de administración del establecimiento público «que lo acoge», es decir, a una decisión de carácter reglamentario.

Las *Fondations abrites ou sous egide* (FsE) —explicadas anteriormente—, por su parte, se crean mediante decisión de la fundación que las acoge, adoptada según modalidades definidas libremente por esta última y por lo tanto variables de una fundación a otra. En el caso de la Fundación de Francia (*Foundation de France*), la creación de una fundación bajo sus auspicios supone una deliberación de la oficina del Consejo de administración, que decide por mayoría<sup>94</sup>.

Tal y como ya se expuso, únicamente los «*Fonds de dotation*» (FdD) escapan a cualquier autorización previa, realizándose su creación, al igual que para las asociaciones, mediante simple declaración ante la Prefectura del Departamento en el cual se encuentre establecida su sede social. No obstante, como

---

<sup>94</sup> Todo lo cual ha quedado expuesto en el epígrafe II, 2.5.

se constataron algunos abusos durante las primeras creaciones, una circular de 2009 impuso a los Prefectos que se aseguraran, antes de la publicación de la declaración de creación, de que el objeto social del fondo de dotación no fuera de interés manifiestamente privado, y no consistiera en una simple copia del texto de la ley. Parece no obstante que esta instrucción se pone poco en práctica, por motivos que se basan esencialmente en la multiplicidad de las tareas confiadas a los Prefectos y en la ausencia de formación especializada para su personal con respecto a estas cuestiones.

## 2. *Estatutos-tipo*

Aunque las fundaciones son en Francia organismos que se rigen por el derecho privado, los poderes públicos han deseado, para algunas de ellas, limitar la libertad de redacción de los fundadores estableciendo modelos de estatutos o «estatutos-tipo» cuyo alcance es variable.

En la actualidad, únicamente dos tipos de fundaciones tienen oficialmente estatutos-tipo: las FRUPs y las fundaciones de cooperación científica.

Los primeros estatutos-tipo de las fundaciones reconocidas como de utilidad pública fueron establecidos por el Consejo de Estado a partir de 1919, y han sido actualizados regularmente desde entonces. La última versión ha sido adoptada por el Consejo de Estado en marzo de 2012 y desde entonces tiene carácter normativo. Entre las evoluciones a destacar en esta versión, figura en concreto la oficialización de un importe mínimo de dotación, que se fija en 1,5 millones de euros (art. 10 de los estatutos-tipo de 2012).

Las fundaciones de cooperación científica también disponen de estatutos-tipo adoptados en 2006 por el Ministro de educación e investigación.

Durante mucho tiempo, la doctrina se encontraba dividida con respecto al valor jurídico de los estatutos-tipo. Para algunos autores, los estatutos-tipo no constituían más que un simple modelo, que no tenía ningún valor obligatorio. Otros autores consideraron, por el contrario, que en la medida en que enuncian reglas de fondo, los estatutos-tipo formarían una norma de referencia que el Consejo de Estado se impondría a sí mismo, y al ministerio del interior. Se ha puesto fin recientemente a este debate, puesto que el Consejo de Estado ha decidido, en un dictamen de 16 de abril de 2010<sup>95</sup>, que los estatutos-tipo de las fundaciones debían analizarse como una medida de rango reglamentario (administrativo) que fija orientaciones generales, las

<sup>95</sup> CE, req. n.º 305649, Boletín de asociaciones, fundaciones y congregaciones (*Bull. des associations, fondations et congrégations*), julio de 2010, n.º 4, inf. n.º 121.

cuales pueden ser eximidas por el Ministerio del interior, por razones de interés general y teniendo en cuenta las particularidades de un expediente, siempre y cuando respete los principios generales establecidos en y por el reconocimiento de utilidad pública realizado por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley general.

Para las demás formas de fundaciones existentes, y en especial para los FdD, se elaboraron modelos de redacción, por medio de estatutos-tipo (en el caso de las fundaciones de empresa), o bajo la forma de guías (guía metodológica para las fundaciones universitarias y asociativas; y «claúsulas» para los fondos de dotación) que no tienen valor vinculante.

### **3. *Gobierno de las fundaciones***

En las fundaciones francesas, el modelo de gobernanza más extendido es el de una gestión colegial en el marco de un Consejo de administración.

No obstante, para las FRUPs, el Consejo de Estado ha admitido que este modelo sea facultativo, ofreciendo la posibilidad de recurrir a un modo de gestión dualista con Directorio y Consejo de supervisión.

#### **A) *Modelos de gobierno de las fundaciones***

##### *Gestión monista: el Consejo de administración:*

Para mayor parte de las fundaciones dotadas de una personalidad jurídica, los textos legales o reglamentarios han fijado un número mínimo de miembros (tres para los FdD, siete para las FRUPs y las fundaciones de cooperación científica). Por contra, no se impone ningún límite máximo, aunque de los estatutos-tipo se deriven recomendaciones (doce para las FRUPs y veinte para las fundaciones de cooperación científica). Sin embargo, no es extraño que se superen los límites máximos, en concreto cuando el número de fundadores o la naturaleza del objeto social lo hagan necesario. La Fundación de Francia tiene por ejemplo un Consejo de administración formado por veintisiete miembros.

La composición del Consejo de administración no debe otorgar el control de la fundación a un único grupo de personas, y por lo tanto el legislador y las autoridades reglamentarias han impuesto la existencia de varios grupos de representantes de los posibles distintos «intereses» presentes en el fin general que existe en cada fundación (denominados «Colegios»), presentes en todas las fundaciones, con la excepción de los FdD, a los cuales el legislador ha querido dotar de una gran flexibilidad de funcionamiento.

Entre los Colegios obligatorios, se encuentran en concreto:

—el Colegio del o de los fundadores, que no puede representar más que una parte restringida del Consejo de administración (un tercio en las FRUPs y las fundaciones de cooperación científica; menos de dos tercios en las fundaciones de empresa o asociativas);

—el Colegio de personalidades cualificadas, que agrupa a personas elegidas por su competencia en el ámbito o los ámbitos de actividad de la fundación;

—el Colegio de miembros de derecho para las FRUPs, que incluye a un representante del ministerio del interior, así como un representante de cada ministerio del que depende el objeto de la fundación. El Consejo de Estado admite no obstante que las FRUPs puedan optar por la designación de un Comisario del gobierno por el ministerio del interior, en lugar de ese Colegio;

—el Colegio de enseñantes e investigadores en las fundaciones de cooperación científica.

Por otra parte, en función de sus necesidades específicas, las fundaciones pueden dotarse igualmente de:

—para las FRUPs: de un Colegio de asalariados, de un Colegio de socios institucionales y/o de un Colegio de «amigos»;

—para las fundaciones de cooperación científica: de un Colegio de colectividades territoriales y de un Colegio de representantes del mundo económico.

Sin perjuicio de las recomendaciones derivadas de los estatutos-tipo, las modalidades de convocatoria, de reunión y de voto se fijan libremente en los estatutos. Para las FRUPs, los estatutos-tipo recomiendan la celebración de al menos dos reuniones al año, con una toma de decisiones mediante mayoría de los sufragios expresados, siendo preponderante el voto del presidente en caso de empate.

#### *Gestión dualista: Directorio y Consejo de supervisión:*

Durante la adopción del nuevo modelo de estatutos-tipo en 2003, el Consejo de Estado admitió la posibilidad, para las FRUPs, de optar por un ejecutivo bicéfalo, separando la gestión, garantizada por un Directorio, de las funciones de control, confiadas a un Consejo de supervisión.

Esta fórmula, inspirada en el sistema que existe en las sociedades anónimas, ha sido mantenida en los nuevos estatutos-tipo adoptados por el Consejo de Estado en 2012, pese al bajo número de fundaciones que la han elegido.

El Directorio está compuesto por personas nombradas por el Consejo de supervisión, pero que no pertenezcan al mismo. Puede estar compuesto por una sola persona o bien ser un órgano colegial cuyo número de miembros se fije libremente por medio de los estatutos. Se reúne al menos una vez cada dos meses.

El Consejo de supervisión, órgano de control, tiene una composición idéntica a la de un Consejo de administración, con un número de miembros comprendido entre nueve y quince, repartidos en varios Colegios. El Consejo de supervisión garantiza una misión general de control de la gestión de la fundación por el Directorio, y dispone de atribuciones específicas como la votación del presupuesto, la aprobación de las cuentas, la propuesta de los auditores, o la adopción del reglamento interno de la fundación.

#### B) *Gratuidad de las funciones de administrador*

Las funciones de administrador (y de los miembros del Consejo de supervisión) se ejercen a título gratuito, sea cual sea la forma de la fundación en cuestión<sup>96</sup>. Los miembros del Directorio, por contra, pueden ser remunerados<sup>97</sup>, sin perjuicio no obstante de los límites planteados por la administración fiscal para determinar el carácter no lucrativo de la fundación (véase más adelante el apartado V.1.).

#### C) *Responsabilidad de los administradores*

Los dirigentes de las fundaciones (administradores y miembros del Directorio) son responsables civilmente, financieramente y penalmente por el ejercicio de su mandato.

Los dirigentes asumen en primer lugar una responsabilidad civil contractual frente a la fundación por las faltas cometidas en el ejercicio de su mandato derivadas del incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias aplicables a la estructura, o el incumplimiento de las disposiciones de los estatutos o del reglamento interior. Responden igualmente ante la fundación

<sup>96</sup> Estatutos-tipo de las FRUPs, de 13 de marzo de 2012, modelos I y II, artículo 6; estatutos-tipo de las fundaciones de cooperación científica de 27 de octubre de 2016, artículo 5; C. educ., artículo 719-197, para las fundaciones universitarias; Guía metodológica para la elaboración de los estatutos de las fundaciones asociativas, prec. § 10; L. de 23 de julio de 1987, modificada, artículo 19-4 para las fundaciones de empresa; CSP, artículo R. 6141-56, IV para las fundaciones hospitalarias.

<sup>97</sup> Estatutos-tipo de las FRUPs de 13 de marzo de 2012, modelo II, artículo 5.

por cualquier acto de gestión contrario al interés de ésta, así como las negligencias cometidas por ellos.

Además, puede que tengan que asumir una responsabilidad financiera como reparación de los perjuicios sufridos por la fundación, en concreto en caso de liquidación judicial de la estructura, como resultado de actos de gestión anormales causados por ellos, o en caso de incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones fiscales de la fundación.

En lo que respecta a los miembros del Consejo de supervisión, que no tienen la calidad de dirigentes de derecho, no contraen en principio ninguna responsabilidad por actos de gestión y los resultados de los mismos. Únicamente el incumplimiento o la negligencia en la ejecución de su mandato y de su deber de control son susceptibles de poner en juego su responsabilidad civil.

El hecho de que los miembros del Consejo de administración de la fundación ocupen su posición de manera altruista, no constituye, en el plano legal, un criterio de irresponsabilidad o de impunidad. Los jueces disponen no obstante de un poder de apreciación que les permite moderar la importancia de las sanciones aplicadas en caso de que se ponga en duda la responsabilidad civil o la responsabilidad financiera del dirigente de una fundación, cuando ejerza benévolamente sus funciones. Esta moderación no puede por lo tanto aplicarse en lo que respecta a los miembros del Directorio cuando sean remunerados, ni en caso de que se ponga en duda la responsabilidad penal del dirigente en cuestión<sup>98</sup>.

Por último, aunque las personas jurídicas sean penalmente responsables de las infracciones cometidas por cuenta suya por sus órganos o sus representantes, las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos también pueden ser encausadas.

#### 4. *Duración*

Las FRUPs han sido durante mucho tiempo el único modelo de fundación que existía en Francia, y por lo tanto no se planteaba la cuestión de su duración.

De hecho, el principio planteado por el Consejo de Estado era el de la perennidad de la fundación en el tiempo, estando ésta garantizada por la existencia de una dotación que supuestamente producía ingresos regulares

---

<sup>98</sup> Código Civil, artículo 1992.

que permitían a la fundación lograr su objeto social durante siglos. Este principio de perennidad tenía como corolario el carácter inconsúmible de la dotación, que debía capitalizarse.

Este principio de perennidad se puso en duda por primera vez en 1990, con la instauración de un modelo de fundaciones de empresa que se crearon con una duración limitada renovable de cinco años, sin que los fundadores tuvieran que inmovilizar una dotación. La ley prevé de hecho que el presupuesto de la fundación de empresa se base en recursos aportados anualmente por la empresa fundadora, cuya única obligación es la de comprometerse de manera irrevocable a pagar un importe anual mínimo de 150.000 € durante cinco años. Este compromiso, además, debe ser garantizado mediante una caución bancaria.

Con la creación de la fundación de empresa nació por lo tanto igualmente el concepto de «fundación de flujo».

En 2003, el Consejo de Estado hizo evaluar su doctrina mediante la integración, en el modelo de estatutos-tipo de las FRUPs, adoptado ese mismo año, de la posibilidad de crear fundaciones cuya dotación sería consumible, y por lo tanto susceptible de gastarse íntegramente para lograr el objeto de la fundación. Esta evolución, que permitía crear fundaciones con duración limitada ha sido reservada en la práctica por el Consejo de Estado a la creación de FRUPs cuyo propio objeto fuera considerado como limitado en el tiempo, y con la condición de que los fundadores hubieran solicitado expresamente la posibilidad de consumir su dotación.

En 2012, el Consejo de Estado puso fin implícitamente a esta práctica, suprimiendo en su nuevo modelo de estatutos-tipo la disposición añadida en 2003 que permitía consumir la dotación.

Esta voluntad de volver a un principio general de perennidad se vio confirmada por otras dos disposiciones:

—la obligación, insertada en el modelo de 2003 de estatutos-tipo de las FRUPs, y retomada en el nuevo modelo de 2012, de revalorizar la dotación cada año asignando a la misma una fracción del excedente de los recursos anuales de la fundación;

—la evolución de las normas aplicables a los FdD. De hecho, mientras que la ley de 2008, que las había instituido, admitió la posibilidad de crear un fondo de dotación sin asignación de medios, se exige a partir de ahora una dotación mínima de 15.000 € para los FdD creados a partir del 24 de

enero de 2015<sup>99</sup>. Asimismo, los estatutos deben estipular expresamente si la dotación así constituida será o no consumible, suponiendo su posibilidad de consumo una tributación de los ingresos obtenidos de su inversión.

## 5. *Controles*

### A) *Control estatal*

Con el restablecimiento en 1805 de la posibilidad de crear fundaciones, los poderes públicos restablecieron igualmente el principio de tutela del Estado sobre las fundaciones, jurídicamente reconocido bajo el Antiguo Régimen. Esta tutela se ejerce durante toda la vida de la fundación, desde su creación hasta su extinción.

No obstante, a partir de los años 1990, el control estatal de las fundaciones se relajó en un número determinado de ámbitos hasta llegar, en 2008, a la instauración de un nuevo modelo, exonerado de la mayor parte de los controles desde su creación: el fondo de dotación.

Las FRUPs fueron hasta 1990 las únicas cuya creación era posible, y por lo tanto se vieron rodeadas de una tutela administrativa bastante farragosa, en concreto en el momento de su constitución (véase IV. 1 más arriba). Desde hace una decena de años se ha podido constatar cierta flexibilización, en concreto:

—la instauración en 2003 de un mecanismo de aprobación tácita (silencio positivo) por los ministerios consultados en el marco del procedimiento de reconocimiento de la utilidad pública, tras un plazo de dos meses sin respuesta por su parte<sup>100</sup>;

—la posibilidad de sustituir el Colegio de miembros de derecho por un Comisario del gobierno<sup>101</sup>;

---

<sup>99</sup> Decreto n.º 2015-49, de 22 de enero de 2015, relativo a los fondos de dotación, artículo 1.

<sup>100</sup> Nota del Primer ministro a los ministros, ministros delegados y secretarios de Estado, de 1 de abril de 2003, n.º 4-911, sobre el procedimiento de reconocimiento de utilidad pública de las asociaciones

<sup>101</sup> Esta posibilidad, existente de 2012, se une a la posibilidad, que había sido establecida en 2003, de que este Comisario del gobierno, con voz pero sin voto, sustituyera, si así lo establecía la constitución de la FRUP, al anterior Patrono-gubernativo, con voz y voto pleno, que imponía la praxis anterior (es decir, de un representante gubernativo a todos los efectos y con todos los poderes, inclusive el de veto).

—la supresión de la autorización administrativa de aceptación de los donativos, sustituida en 2006 por un régimen de libre aceptación, sin perjuicio de un derecho de oposición conservado por la autoridad administrativa hasta 2015, fecha en la cual fue suprimido para todos los organismos reconocidos como de utilidad pública (asociaciones y fundaciones)<sup>102</sup>.

No obstante, tales representantes del Estado o de las autoridades administrativas se encuentran presentes en el seno de los órganos de gestión o de supervisión de la mayor parte de las demás formas de fundaciones:

—Colegio de miembros de derecho o Comisario del gobierno en las FRUPs;

—Comisario del gobierno cuyo papel es asumido por el Rector, en las fundaciones universitarias y las fundaciones de cooperación científica, o por el director general de la agencia regional de sanidad territorialmente competente, en las fundaciones hospitalarias.

Los Prefectos departamentales, por su parte, son los encargados de una misión de control permanente de la regularidad del funcionamiento de las fundaciones de empresa y de los FdD. Esta misión de control tiene un poder de sanción muy amplio puesto que el Prefecto puede retirar en todo momento la autorización administrativa a las fundaciones de empresa, y suspender temporalmente la actividad de los FdD cuando constate disfunciones graves que afecten a la realización de su objeto. No obstante, estas sanciones, en la práctica, se aplican relativamente poco: así, entre 2012 y 2015, se notificaron para toda Francia una veintena de Decretos de suspensión. Esta situación, constatada por la *Inspection Generale de l'Administration* (IGA) en un informe publicado en enero de 2017, se explica en parte por la degradación de las condiciones de ejercicio de la tutela en las regiones, debido a la limitación del personal y a su mala información.

Las fundaciones de empresa y las fundaciones asociativas creadas por una duración limitada están igualmente sometidas a un régimen de autorización de la Prefectura, para obtener la prórroga de su duración.

Adicionalmente, además de estos controles sobre la creación y el funcionamiento de las fundaciones y los FdD, la recaudación de fondos del público por estos organismos y la utilización de estos fondos son también objeto de controles administrativos o jurisdiccionales.

---

<sup>102</sup> Ordenanza n.º 2005-856 de 28 de julio de 2005; ordenanza n.º 2015-904 de 23 de julio de 2015, artículo 4.

En efecto, las operaciones de recurso a la generosidad del público («cuestiones públicas»), que se rigen por una ley de 7 de agosto de 1991<sup>103</sup>, están sometidas a un procedimiento de autorización previa para los FdD y de declaración previa para los fondos de cualquier tipo (con la excepción de las fundaciones de empresa y de las fundaciones asociativas que, por su naturaleza, no están autorizadas a recurrir al público en general, sino únicamente en el seno de un círculo limitado: fundadores y empresas miembros del mismo grupo fiscal, asalariados, directivos, adherentes o accionistas de esas empresas)<sup>104</sup>. Este procedimiento debe efectuarse ante la Prefectura de la cual dependa la sede social del organismo en cuestión.

Hasta 2015, únicamente las campañas de recurso a la generosidad del público, realizadas a escala nacional, suponen de hecho la aplicación de la ley de 1991. Así, las campañas realizadas a escala local no están sometidas a los procedimientos de declaración o de autorización previa previstos por esta ley. Una ordenanza de 23 de julio de 2015 modificó el texto del artículo 3 de la ley de 1991, suprimiendo la referencia a la existencia de una campaña realizada a escala nacional. A día de hoy, esta supresión no ha sido objeto de ningún comentario. Por lo tanto, podemos preguntarnos si, en adelante, una campaña de solicitud de donaciones, incluso realizada a escala local de una región o de una comuna, no debe considerarse como característica del recurso a la generosidad del público que supone, para la fundación o el fondo autor de la misma, la obligación de respetar el procedimiento de declaración/autorización previa que impone la ley.

#### B) *Control jurisdiccional*

El Tribunal de Cuentas, jurisdicción administrativa que tiene como misión garantizar el buen empleo del dinero público, es el encargado de verificar la conformidad de los gastos asumidos por los organismos que hayan recopilado fondos del público, con los objetivos mencionados en el recurso a la generosidad del público. Este control de conformidad se ejerce cuando el importe anual de las donaciones recibidas por un organismo supera los 153.000 €<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Ley n.º 91-772 de 7 de agosto de 1991, modificada, relativa a la autorización de la representación en favor de asociaciones y de mutuas, y al control de los organismos que recurren a la generosidad del público.

<sup>104</sup> Ley de 23 de julio de 1987, modificada por la ley de 4 de julio de 1990, artículo 19-8.

<sup>105</sup> Código de jurisdicciones financieras, artículo L. 111-8, al. 1.

El Tribunal de Cuentas tiene también competencia para controlar a los organismos que reciben subvenciones del Estado, de las colectividades territoriales o de los establecimientos públicos<sup>106</sup>.

Aunque el Tribunal de Cuentas no dispone de ningún poder de sanción, puede comunicar sus conclusiones al procurador general. Asimismo, desde la entrada en vigor de la ley de finanzas rectificativa para 2009, el Tribunal, cuando constata la disconformidad de los gastos de un organismo con los objetivos de la solicitud de donaciones, puede transmitir al ministro encargado del presupuesto y a los presidentes de las comisiones de finanzas de la Asamblea Nacional y del Senado una declaración que posteriormente se hace pública. El ministro puede entonces suspender cualquier ventaja fiscal para las donaciones y donativos otorgados en beneficio del organismo incumplidor<sup>107</sup>.

### C) *Controles contables*

Además de los controles realizados por los poderes públicos, las fundaciones francesas, sea cual sea su naturaleza, tienen todas ellas la obligación de dotarse de un auditor y de un suplente. Para los FdD, el nombramiento de un auditor únicamente es obligatorio cuando sus recursos superan un límite que se fija en 10.000 €. Las fundaciones albergadas, por su parte, se someten al control del auditor de la fundación albergante.

El auditor es el encargado, tradicionalmente, de la misión de auditoría de las cuentas anuales de la fundación, y de los acuerdos adoptados por esta última con sus administradores. Igualmente, debe auditar la cuenta de empleo de los recursos logrados del público, documento específico que los organismos que recurren a la generosidad del público deben adjuntar obligatoriamente, desde el 1 de enero de 2006, a sus cuentas anuales. Este documento, cuyas reglas de presentación han sido fijadas mediante el Decreto ministerial constitutivo, debe establecerse para cualquier organismo que haya obtenido del público al menos 153.000 € de donaciones anuales, y tiene como objetivo permitir a los donantes y a los organismos de control que se aseguren de que los fondos cobrados han sido bien utilizados, de conformidad con los objetivos anunciados en los documentos de cobro.

Por último, las FRUPs tienen que publicar sus cuentas en el Boletín Oficial desde el momento en el que reciben más de 153.000 € de donaciones

<sup>106</sup> Código de jurisdicciones financieras, artículo L. 111-7.

<sup>107</sup> Código general de impuestos, artículo 1978 *octies*.

y de subvenciones. Los FdD se someten igualmente a la obligación de publicar sus cuentas anuales, aunque sin condición de límite. Esta diferencia de tratamiento, que no parece justificada, impide asimismo un control real de las FRUPs cuyos recursos provengan íntegramente de la inversión de su dotación, aunque su balance pueda alcanzar varios centenares de millones de euros<sup>108</sup>.

Con el objetivo de reforzar la transparencia de este sector, la *Inspection Générale de Finances* (IGF), en un informe de abril de 2017, se propuso por lo tanto ampliar al conjunto de las FRUPs la obligación de establecer, de hacer certificar y de publicar sus cuentas, independientemente del importe de las donaciones y de las subvenciones recibidas.

## 6. *Reestructuración y disolución*

### A) *Reestructuraciones*

Durante largo tiempo, las operaciones de fusiones, escisiones y aportaciones parciales de activos entre fundaciones o asociaciones se realizaron sin un marco jurídico específico, basándose únicamente en las normas aplicables al derecho de contratos. Una ley de 31 de julio de 2014<sup>109</sup>, relativa a la economía social y solidaria, consagró la realización de estas operaciones proporcionándoles un marco jurídico seguro, integrado en la ley de 23 de julio de 1987, en un nuevo artículo 20-1.

Esta disposición permite a partir de ahora a las fundaciones dotadas de personalidad jurídica participar en operaciones de fusión, de escisión o de aportaciones parciales de activos. No obstante, las FsE y las fundaciones universitarias se excluyen por lo tanto de este mecanismo, puesto que no tienen personalidad jurídica propia, tal y como se expuso.

Asimismo, y curiosamente, esta reforma no ha ampliado a los FdD la posibilidad de participar en estas operaciones. Por lo tanto, se puede uno preguntar si esta omisión es el resultado de un simple olvido del legislador, o si se trata de una voluntad real de prohibir las fusiones de FdD. De manera igualmente asombrosa, la ley de 2014 previó la posibilidad de proceder a operaciones de reestructuración «mixtas», en las cuales intervendrían tanto

---

<sup>108</sup> Por otra parte, más del 30% de las FRUPs y cerca del 35% de los fondos de dotación no respetan sus obligaciones declarativas, impidiendo así que el ministerio de finanzas disponga de una visión de conjunto del sector de las fundaciones. Esta constatación se explica, de nuevo, por la falta de personal dedicado a esta misión en las Prefecturas, lo cual supone la ausencia de estímulos para los organismos incumplidores.

<sup>109</sup> Ley n.º 2014-856 de 31 de julio de 2014, relativa a la economía social y solidaria, artículo 86.

fundaciones como asociaciones. Esta posibilidad plantea un cierto número de preguntas que ni la ley de 31 de julio de 2014 ni su Decreto de aplicación de 1 de julio de 2015 han resuelto. Entre estas preguntas figura en concreto la del destino de los miembros de las asociaciones partes de operaciones de este tipo. En efecto, la noción de miembro no existe en las fundaciones, y la fusión-absorción de una asociación por una fundación tiene como consecuencia práctica que los miembros de la asociación absorbida pierdan su condición de tales, sin que puedan convertirse en miembros de la fundación absorbente. El silencio de los textos sobre esta cuestión permite pensar que podrían producirse contenciosos en los próximos años, asimilándose esta situación a una exclusión forzosa contraria al principio de libertad de asociación.

En lo que respecta a las modalidades de realización de estas operaciones, la ley de 31 de julio de 2014 se inspiró en el mecanismo jurídico existente en materia de fusión/escisión de sociedades comerciales, adaptándolo a los particularismos de las asociaciones y fundaciones:

- decisión de fusión/escisión adoptada mediante deliberaciones concordantes de los órganos de decisión de los distintos organismos concernidos por la operación;
- establecimiento de un tratado de fusión, escisión o aportación parcial de activos, que debe someterse a los organismos de decisión de las asociaciones y/o fundaciones partes de la operación;
- intervención de un auditor para las operaciones relativas a un importe total al menos equivalente a 1.550.000 €;
- publicación del proyecto en un diario de anuncios legales, dejando correr un plazo de 30 días para permitir que los acreedores de los organismos en cuestión hagan valer su derecho de oposición a la operación prevista.

La fusión o la escisión realizada supone la disolución sin liquidación de las fundaciones o asociaciones, las cuales desaparecen al final de la operación, y la transmisión universal de su patrimonio a los organismos supervivientes de la operación<sup>110</sup>.

Por último, en el caso en el que una fundación que participe en una operación de reestructuración se beneficie de una autorización o de una habilitación, puede solicitar a la autoridad administrativa competente que transfiera esa autorización a nombre de la fundación superviviente de la

---

<sup>110</sup> Ley n.º 2014-856 de 31 de julio de 2014, relativa a la economía social y solidaria, artículo 86.

operación prevista. Esta posibilidad, no obstante, no se aplica al reconocimiento de la utilidad pública, que no puede ser objeto de ninguna transmisión.

A día de hoy, se han realizado pocas operaciones de reestructuración siguiendo este nuevo marco, probablemente por razón del carácter todavía demasiado reciente de la ley.

#### B) *Disolución-liquidación*

Aunque las fundaciones tienen en principio un objetivo de perennidad, este término no es sinónimo de eternidad. Por lo tanto, puede suceder que desaparezcan fundaciones por diversos motivos como la llegada de su vencimiento (para las fundaciones de empresas cuya duración queda limitada a 5 años), la extinción de su objeto, el agotamiento de sus medios financieros, o la retirada de una autorización conferida por los poderes públicos.

Cuando la disolución se deriva de una decisión de los poderes públicos, el procedimiento de retirada de la autorización administrativa varía según el modo de creación de la fundación:

—Fase preliminar contradictoria, seguida de la publicación de un Decreto del Consejo de Estado en el caso de la retirada del reconocimiento de utilidad pública o de un Decreto simple en caso de retirada de la aprobación de las fundaciones de cooperación científica y de las fundaciones hospitalarias.

—Orden del Prefecto adoptada tras la designación por el tribunal superior competente de un liquidador, para la retirada de la autorización de creación de una fundación de empresa.

—Decisión del Tribunal superior competente elegido por el Prefecto, para la disolución forzosa en el caso de un FdD.

La intervención de los poderes públicos se exige igualmente en los casos de disolución estatutaria o voluntaria de las FRUPs, de las fundaciones de cooperación científica y de las fundaciones hospitalarias. En efecto, la decisión de su Consejo de administración, pronunciándose a favor de la disolución de la fundación, se somete necesariamente a la aprobación del gobierno, oficializada bajo la forma de un Decreto.

Para la mayor parte de las fundaciones, el activo neto restante al final de las operaciones de liquidación debe atribuirse a uno o varios establecimientos públicos o reconocidos de utilidad pública, cuya actividad sea análoga a la de la fundación liquidada.

La regla es ligeramente distinta para las fundaciones asociativas y los FdD. En efecto, en el marco de la disolución de una fundación asociativa, el activo neto debe atribuirse a las demás fundaciones universitarias o asociativas creadas por el establecimiento fundador o, en su defecto, debe atribuirse a este último.

Para los FdD, el principio es el de una afectación del activo neto de liquidación a FRUPs o a FdD, sin condición de analogía de las actividades de estos últimos con las del fondo de dotación liquidado.

## V. Régimen fiscal de las fundaciones

Sea cual sea su naturaleza, las fundaciones no están dotadas de un régimen fiscal propio, sino que dependen del régimen fiscal aplicable al conjunto de los organismos sin ánimo de lucro. Por lo tanto, en principio, están sujetas a impuestos «comerciales» (impuestos sobre sociedades, IVA y aportación económica territorial), salvo exoneración concreta, sobre los ingresos obtenidos de sus actividades comerciales accesorias y sus ingresos patrimoniales, siempre y cuando no se ponga en duda su carácter no lucrativo. En ese caso, tienen entonces que abonar los impuestos correspondientes a su actividad mercantil sobre el conjunto de sus ingresos, sin poder beneficiarse de las exoneraciones específicas reservadas a los organismos no lucrativos.

Los donativos (donaciones y legados) que se les otorguen en principio están sujetos a los derechos de transmisión a título gratuito en las condiciones de derecho común, pero pueden beneficiarse de exoneraciones vinculadas a la naturaleza del organismo beneficiario o a la de los bienes transmitidos.

Por último, se han instaurado incentivos fiscales destinados a fomentar el mecenazgo de los particulares y de las empresas, que dan derecho a los donantes a reducciones de impuestos.

### 1. Carácter no lucrativo de las fundaciones

Para que una fundación sea exonerada de manera efectiva de cualquier impuesto de naturaleza comercial, es necesario asegurarse de que tenga efectivamente un carácter no lucrativo, verificando que se cumplan tres criterios:

*Primer criterio: la fundación se beneficia de una gestión desinteresada.* Este criterio se considera cumplido cuando:

- los administradores de la fundación son voluntarios y, directamente o por persona interpuesta, no tienen ningún interés directo o indirecto en los resultados de la fundación;
- la fundación no procede a ninguna distribución directa o indirecta del beneficio, sea cual sea su forma, a sus administradores o a sus fundadores; y
- los fundadores y sus causa-habientes no son destinatarios en ningún caso de ninguna parte del activo de la fundación.

En lo que respecta a la remuneración de los administradores, el Fisco permite que el carácter desinteresado no quede en entredicho cuando se les pague una remuneración individual inferior o equivalente a tres cuartas partes del salario mínimo legal. La ley también permite sin poner en entredicho el carácter no lucrativo<sup>111</sup> que la remuneración en asociaciones y fundaciones que tengan recursos anuales superiores a 200.000 €, pueda ser de uno a tres administradores, dentro de un límite fijado individualmente en tres veces el salario mínimo legal. Sin embargo estas excepciones solo afectan a las asociaciones y a los miembros del Directorio de FRUPs con gestión dualista, puesto que la ley civil impone el principio de gratuitad de las funciones de administración en todas las demás fundaciones y en los FdD.

*Segundo criterio: la fundación no debe ejercer sus actividades en condiciones similares a las de empresas del sector comercial.* Este análisis, que únicamente se realiza en aquellos casos en los que la fundación ejerza una parte de sus actividades a título lucrativo, es relativo a cuatro criterios distintos, más conocidos bajo la denominación de las «4P»: el *Producto* propuesto; el *Público* objetivo; el *Precio* aplicado; y la *Publicidad* realizada.

El objetivo consiste en asegurarse de que si una fundación (o una asociación) ejerce actividades que compiten con aquellas realizadas por empresas comerciales, lo haga en condiciones diferentes, bien porque el *Producto* o el servicio que proponga no se encuentre disponible en el mercado de manera satisfactoria, bien porque se dirija a un *Público* desfavorecido cuya situación económica o social lo aleje de los circuitos tradicionales de comercialización, o bien, por último, porque aplique *Precios* distintos de aquellos aplicados por las empresas comerciales con el objeto de permitir que personas desfavorecidas puedan acceder a productos o servicios a los cuales no podrían haber accedido. El criterio de la *Publicidad*, que todavía se cita en las publicaciones oficiales de la administración fiscal, tiene cada vez más tendencia a ser des-

---

<sup>111</sup> Código general de impuestos, artículo 261, 7, 1.<sup>º</sup>, d.

cartado, por el hecho en concreto de la generalización de las *webs*, que ha modificado en gran medida el modo de información de los consumidores.

*Tercer criterio: la fundación no puede mantener relaciones privilegiadas con empresas del sector comercial* que obtendrían una ventaja competitencial, permitiéndolas, por ejemplo, obtener una economía de gastos o beneficiarse de mejores condiciones de funcionamiento.

\* \* \*

Cuando una fundación es considerada no lucrativa en aplicación de estos criterios, queda entonces exonerada de impuestos. No obstante, puede ejercer determinadas actividades comerciales sin poner en duda su estatus no lucrativo, siempre y cuando sus actividades no lucrativas sigan siendo preponderantes.

De esta forma, la administración fiscal admite que los ingresos de explotación obtenidos de actividades lucrativas permanezcan totalmente exonerados cuando su importe anual, antes de impuestos, no supere a 60.540 €.

Más allá de ese importe, y siempre y cuando sus actividades lucrativas puedan distinguirse de sus actividades no lucrativas, y que estas últimas sigan siendo preponderantes, una fundación no entra dentro del ámbito de los impuestos comerciales por el único motivo de sus actividades comerciales, siempre y cuando haya aislado el resultado de estas últimas, creando un sector «lucrativo» en el seno de su balance, o bien creando filiales para estas actividades, en el seno de una estructura jurídicamente distinta.

## 2. *Régimen de imposición de las fundaciones*

Los ingresos obtenidos por una fundación de sus actividades lucrativas (salvo aplicación de la franquicia de 60.540 €) están sujetos al impuesto de sociedades al tipo y en las condiciones aplicables a las sociedades comerciales.

Los ingresos patrimoniales son en principio igualmente imponibles con el impuesto de sociedades, cuando son percibidos por una fundación. Se benefician no obstante de los tipos de imposición reducidos, fijados en el 10% para los intereses, el 15% para los dividendos y el 24% para los demás ingresos patrimoniales (por ejemplo ingresos de arrendamiento). Como excepción a esta norma, las FRUPs quedan totalmente exoneradas de impuestos para sus ingresos patrimoniales, siempre y cuando no estén relacionados con su sector lucrativo. La misma exoneración se aplica con respecto a los

FdD, con la condición expresa de que sus estatutos no prevean la posibilidad de consumir su dotación de capital.

Las fundaciones que ejercen actividades lucrativas entran igualmente en el campo de aplicación del IVA por razón de estas actividades.

Tal y como hemos indicado más arriba, los donativos proporcionados a fundaciones están en principio sometidos a los derechos de transmisión a título gratuito (derechos de sucesión o derechos de donación), cuyo sujeto pasivo es en principio el beneficiario del donativo. Así, las fundaciones son sujetos pasivos de estos derechos:

—a los tipos exigibles para los donativos realizados entre hermanos y hermanas, cuando la fundación beneficiaria sea reconocida como de utilidad pública: 35% para la parte de los bienes transmitidos que no supere a 24.430 €, y el 45% por encima de esa cifra;

—al tipo del 60% exigible para los donativos entre personas sin vínculo familiar, en los demás casos.

Como excepción a esta norma, los donativos otorgados a determinados organismos quedan exonerados de los derechos de transmisión. Este es el caso para:

—las fundaciones reconocidas de utilidad pública cuyos recursos hayan sido destinados exclusivamente a obras científicas, culturales o artísticas con carácter desinteresado<sup>112</sup>;

—las FRUPs cuyos recursos se destinen a obras de asistencia, la defensa del medio ambiente o a la protección de los animales<sup>113</sup>;

—las fundaciones universitarias y asociativas<sup>114</sup>; y

—los fondos de dotaciones que respondan a las condiciones fijadas en el artículo 200 del CGI<sup>115</sup> (véase el apartado V. 3. a continuación).

Los donativos realizados por un residente en beneficio de un organismo sin ánimo de lucro establecido fuera de Francia no se beneficiaban hasta hace poco de ninguna de estas exoneraciones, reservadas únicamente a los organismos establecidos en Francia, salvo que dispusiera otra cosa un convenio fiscal suscrito por Francia con el Estado de residencia del organismo beneficiario. Así, solo unos pocos convenios fiscales contienen disposiciones que permiten

<sup>112</sup> Código general de impuestos, artículo 795, 2.º.

<sup>113</sup> Código general de impuestos, artículo 795, 4.º.

<sup>114</sup> Código general de impuestos, artículo 795, 5.º.

<sup>115</sup> Código general de impuestos, artículo 795, 14.º.

que asociaciones o fundaciones extranjeras se beneficien en Francia de una exoneración de derechos de transmisión a título gratuito, en concepto de donaciones o legados que sean concedidos por residentes fiscales franceses: es el caso, no obstante, del convenio firmado con España el 8 de enero de 1963 (art. 38) y del convenio franco americano destinado a evitar la doble imposición y a prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las sucesiones y las donaciones, de 24 de noviembre de 1978, modificado (art. 10).

La evolución reciente de la jurisprudencia europea llevó a hacer evolucionar el derecho interno francés con respecto a esta cuestión. De hecho, al igual que en materia de impuesto sobre la renta con la jurisprudencia Persche, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reconocido que el principio de libre circulación de capitales instaurado mediante el artículo 63 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea se opone a que la legislación de un Estado miembro reserve la posibilidad de beneficiarse de un tipo reducido de derechos de sucesión a los organismos sin ánimo de lucro que tengan su sede operativa en ese Estado miembro o en un Estado miembro en el cual el *de cuius* resida de manera efectiva o tenga su lugar de trabajo en el momento de su fallecimiento o en el cual haya residido o haya tenido su lugar de trabajo anteriormente<sup>116</sup>. El legislador francés sacó consecuencias de esta jurisprudencia, y abrió el beneficio de las exoneraciones previstas en los artículos 794 y 725 del Código general de impuestos a los organismos sin ánimo de lucro establecidos en los demás miembros de la Unión Europea o partes del Espacio Económico Europeo que hayan suscrito con Francia un convenio de asistencia administrativa con el objeto de luchar contra el fraude y la evasión fiscal, desde el momento en el que estos organismos destinen las donaciones y legados así recibidos a actividades similares a aquellas mencionadas en los artículos 794 y 795 del Código general de impuestos, y después de haber obtenido una autorización<sup>117</sup>. Un Decreto y un dictamen de 17 de abril de 2015 fijaron las modalidades del procedimiento de autorización, y se publicó el 10 de mayo de 2017 una instrucción fiscal para comentar el texto.

### 3. *Régimen fiscal del mecenazgo*

En una encuesta realizada en junio de 2006, el Observatorio de la Fundación de Francia constató el carácter «socialmente comprometido» de la

<sup>116</sup> TJUE, 10 feb. de 2011, *Missionswerk Werner Heukelbach EV c/État belge*, aff. C-25-10; X. Delsol y W. Meynet, *Mécénat: vers un espace philanthropique européen*, JA nº 442/2011, p. 37.

<sup>117</sup> Código general de impuestos, artículo 795-0 A.

acción de donación, constatándose que la generosidad de los donantes, tras su análisis, estaba fuertemente inspirada por «la proximidad» afectiva, emocional, comunitaria, religiosa o ideológica mantenida por ellos con las causas u organismos respaldados.

Aunque las encuestas realizadas desde esa fecha han confirmado la inspiración profundamente filantrópica de las donaciones, las ventajas fiscales vinculadas a la realización de donaciones parece no obstante que tienen un efecto real de incentivo para los donantes, que reafirma su intención, o incluso hace aumentar el importe. En apoyo de esta constatación, cabe recordar en concreto que:

— Francia es el país de Europa que tiene el sistema fiscal más proclive a la filantropía<sup>118</sup>, y que

— las donaciones que dan derecho a una reducción en el impuesto de solidaridad sobre el patrimonio (*impôt de solidarité sur la fortune*, ISF), impuesto particularmente impopular en Francia, aumentaron en un 52% entre 2010 y 2014, y representan hoy en día del 30 al 50% de los recursos derivados de la generosidad pública para determinadas fundaciones, incluso el 90% para determinadas fundaciones auspiciadas.

Aunque en Francia existen varios mecanismos de incentivo, una condición es común a todos ellos, y es aquella relativa a la calidad del organismo beneficiario del mecenazgo que en concreto, independientemente de su estatus jurídico, debe considerarse «de interés general» en el sentido que da a ese término la administración fiscal.

Se consideran de esta forma de «interés general» los organismos que responden a los tres criterios siguientes:

- ejercer una actividad no lucrativa,
- tener una gestión desinteresada, y
- no funcionar en beneficio de un círculo restringido de personas.

Los dos primeros criterios ya han sido tratados explícitamente más arriba, y se corresponden con las condiciones impuestas para el reconocimiento del carácter no lucrativo del organismo; el último de estos criterios da por supuesto que el organismo no debe buscar los «intereses particulares de una o varias personas claramente individualizadas, miembros o no del organismo». El número de personas beneficiarias potenciales de la acción del organismo no se ha tomado en cuenta cuando el ámbito de intervención del organismo

---

<sup>118</sup> Estudio del Observatorio de la Fundación de Francia-CERPhi, abril de 2015.

se determina en función de un estado, por ejemplo de vulnerabilidad, vinculado en concreto a la salud, la edad, el sexo, la nacionalidad, la orientación sexual o la confesión religiosa. Por contra, si el organismo sirve exclusivamente a los intereses particulares de sus únicos miembros, actúa entonces en beneficio de un círculo restringido, aunque sus miembros sean numerosos. La aplicación de este criterio ha permitido en concreto que la administración fiscal niegue el beneficio de las ventajas fiscales vinculadas al mecenazgo a las donaciones realizadas a asociaciones de antiguos alumnos o a asociaciones de antiguos combatientes cuando su objeto principal sea el de defender los intereses materiales o morales de sus miembros.

#### A) *Incentivos fiscales para el mecenazgo de personas físicas*

Desde hace tiempo, los particulares se benefician en Francia de incentivos fiscales a su generosidad, en concreto en materia del impuesto sobre la renta. Estas ventajas se ampliaron en 2008<sup>119</sup>, mediante la introducción de un nuevo mecanismo para incentivos, que permite reducir el peso del impuesto de solidaridad sobre el patrimonio (ISF).

##### a) Impuesto sobre la renta

Hasta 1982, la ventaja fiscal concedida a los particulares en concepto del impuesto sobre la renta consistía en una deducción de la renta imponible de las donaciones realizadas a organismos de interés general, sin distinción según su naturaleza, quedando limitada esa reducción al 1% de las rentas imponibles<sup>120</sup>. No obstante, las donaciones realizadas a la Fundación de Francia se beneficiaban de un régimen específico que da derecho a una deducción distinta de aquella concedida en concepto de donaciones realizadas a otros organismos. En 1982, desapareció el régimen específico de la Fundación de Francia, para ser sustituido por la concesión de un límite de deducción que se trasladó al 3% (en lugar del límite normal del 1%) para las donaciones realizadas a organismos (asociaciones y fundaciones) reconocidos como de utilidad pública. Este régimen perduró hasta 1987, año durante el cual se aplicó un límite a la deducción fiscal, no pudiendo ser la ventaja en impuestos resultante de esta deducción inferior al 25% de los importes deducidos en la renta imponible cuando las donaciones eran inferiores o equivalentes a 600 francos (alrededor de 91,50 euros). Por último, a partir del 1 de enero de 1990, la vía de la deducción fiscal se cerró definitivamente para los con-

<sup>119</sup> Código general de impuestos, artículo 885-0 V *bis* A.

<sup>120</sup> Código general de impuestos, antiguo artículo 238 *bis*.

tribuyentes personas físicas, beneficiándose estos a partir de esa fecha de una reducción en los impuestos en concepto de las donaciones realizadas a organismos de interés general, mientras que las donaciones realizadas a organismos reconocidos como de utilidad pública siguieron beneficiándose de un límite para su toma en cuenta bonificada.

Hoy en día, el régimen de incentivo fiscal a las donaciones de particulares consiste en una reducción en los impuestos sobre la renta reservada únicamente a los contribuyentes que tengan su domicilio fiscal en Francia y que estén sujetos de manera efectiva al impuesto sobre la renta, con arreglo a las disposiciones del artículo 200 del Código general de impuestos que define las condiciones de aplicación.

Las donaciones que dan derecho a una reducción de impuestos sobre la renta son aquellas que se efectúan en beneficio de organismos enumerados de manera limitativa por el texto del artículo 200 del Código general de impuestos. Entre ellos, figuran en concreto:

- a título general, las obras u organismos de interés general que tengan un carácter filantrópico, educativo, científico, social, humanitario, deportivo, familiar, cultural o que ayuden a la puesta en valor del patrimonio artístico, la defensa del medio ambiente natural o a la difusión de la cultura, de la lengua y de los conocimientos científicos franceses;
- las fundaciones y asociaciones reconocidas de utilidad pública que respondan a las mismas condiciones;
- las fundaciones universitarias y las fundaciones asociativas que respondan a las mismas condiciones;
- las fundaciones de empresa que respondan a las mismas condiciones únicamente por las donaciones realizadas por los asalariados, directivos, societarios, adherentes o accionistas de las empresas fundadoras y los de los grupos a los cuales pertenezcan las empresas fundadoras;
- la Fundación del Patrimonio (*Fondation du Patrimoine*) y las fundaciones o asociaciones que destinen irrevocablemente a la Fundación del Patrimonio las donaciones que reciban; y
- los FdD que respondan a determinadas condiciones.

Las donaciones que respondan a estas condiciones dan derecho a una reducción en los impuestos equivalente al 66% del importe de las donaciones pagadas, limitándose estas donaciones al 20% de la renta imponible<sup>121</sup>. No

---

<sup>121</sup> Código general de impuestos, artículo 200.

obstante, cuando los pagos son efectuados en beneficio de organismos que proceden a la provisión gratuita de comida a personas en dificultades, que contribuyen a favorecer su alojamiento o que proceden, a título principal, a proporcionar gratuitamente cuidados a personas en dificultades, el tipo de la reducción de impuestos se traslada al 75%. No obstante, en este caso, los pagos realizados a estos organismos solo se tienen en cuenta dentro de un límite a tanto alzado, fijado anualmente, que es de 530 € para el impuesto sobre la renta de 2016. El excedente de los pagos con respecto a este límite da derecho, por su parte, a la reducción de impuestos de derecho común, dentro del límite del 20% de los ingresos imponibles. Por último, cuando las donaciones pagadas durante un año superan al límite del 20%, el excedente se traslada sucesivamente al año siguiente, y luego a los años siguientes hasta el quinto, y da derecho a la reducción de impuestos en las mismas condiciones. La imputación de las donaciones se hace entonces por orden de antigüedad: los excedentes más antiguos se toman en cuenta con prioridad, antes que los pagos realizados en concepto del año de imposición en cuestión. Más allá de los cinco años de traslado autorizados, el excedente que aún no se haya utilizado se pierde definitivamente.

#### b) Impuesto de solidaridad sobre el patrimonio

Desde la entrada en vigor de la ley de 21 de agosto de 2007<sup>122</sup>, los contribuyentes pueden beneficiarse de una reducción en el ISF en concepto de las donaciones realizadas a determinados organismos de interés general, entre los cuales figuran las FRUPs.

Únicamente las donaciones realizadas a determinados organismos, enumerados limitativamente por la ley, pueden dar derecho a una reducción en el ISF. A día de hoy, además de los establecimientos de investigación, de enseñanza superior o artísticos de interés general, y los organismos de inserción, pueden recibir esas donaciones únicamente las FRUPs que respondan a las condiciones fijadas en el apartado b del 1 del artículo 200 del Código general de impuestos (interés general y carácter filantrópico, educativo, científico, social, humanitario, deportivo, familiar, cultural o que ayude a la puesta en valor del patrimonio artístico, a la defensa del medio ambiente natural o a la difusión de la cultura, de la lengua y de los conocimientos científicos franceses), las fundaciones universitarias y las fundaciones asociativas que respondan a estas mismas condiciones.

---

<sup>122</sup> Ley n.º 2007-1223 de 21 de agosto de 2007, en favor del trabajo del empleo y del poder de compra, denominada «ley TEPA».

Las donaciones concedidas a fundaciones albergadas también pueden optar a la reducción en el ISF desde el momento en el que la fundación albergante entra ella misma en el ámbito de aplicación del artículo 885-0 V *bis A* del Código general de impuestos. Por contra, este mecanismo no se aplica a las donaciones efectuadas en beneficio de FRUPs por cuenta de otros organismos de interés general (actividad denominada de «organismo relevante»), ni a las donaciones realizadas a las fundaciones de empresa o a los FdD<sup>123</sup>.

c) Derechos de transmisión a título gratuito

La ley n.º 2003-709 de 1 de agosto de 2003, relativa al mecenazgo, instauró un mecanismo que permite a las personas destinatarias de un legado beneficiarse de una rebaja en los derechos de sucesión de los que son sujetos imponibles, cuando donan la totalidad o parte de los bienes recibidos a determinados organismos reconocidos como de utilidad pública. Este sistema, que se rige por las disposiciones del artículo 788 III del Código general de impuestos, en concreto puede permitir que los herederos respeten más las voluntades filantrópicas del difunto, siempre que éstas no puedan ejecutarse normalmente, debido a que no se hayan reflejado por escrito o bien porque se hayan expresado mal en las disposiciones testamentarias adoptadas por el testador. Se puede utilizar igualmente para reducir el peso de los derechos de sucesión adeudados por los herederos en caso de que la sucesión comporte poca liquidez: si el patrimonio personal de los herederos está él mismo compuesto principalmente de bienes no líquidos, puede que sea más favorable para ellos donar un activo (inmobiliario, por ejemplo) obtenido de la sucesión, en el marco de este sistema, de manera que la rebaja obtenida reduzca los derechos exigibles a un nivel tal que la liquidez obtenida de la sucesión permita hacer frente a los mismos.

Para beneficiarse de una rebaja en los derechos de transmisión por fallecimiento que se adeuden, el donativo debe haber sido consentido por un heredero o un legatario, sobre la parte neta que le corresponda en una sucesión. Únicamente el sujeto imponible de los derechos de transmisión pue-

---

<sup>123</sup> La cercanía de las elecciones presidenciales en Francia y el anuncio realizado por determinados candidatos de una reforma, incluso una supresión del ISF, lleva al sector de las fundaciones a preguntarse acerca del futuro de esta ventaja fiscal que representa para ellas, como ya lo hemos dicho más arriba, un porcentaje muy importante (hasta el 50% para algunas de ellas) de sus recursos anuales. Se ha iniciado un trabajo de reflexión con respecto a las propuestas que podrían hacerse al futuro gobierno para compensar la pérdida de recursos que se derivaría de una supresión total o parcial de esta ventaja fiscal.

de por lo tanto proceder al donativo, lo cual supone que detenta directamente los bienes transmitidos.

El donativo debe asimismo efectuarse a título definitivo y en plena propiedad. Las donaciones de usufructo o de nuda propiedad se excluyen por lo tanto de este mecanismo puesto que no son relativas a la plena propiedad de los activos transmitidos; lo mismo ocurre con las donaciones temporales. Las donaciones a plazo también se descartan, salvo en caso de que la entrega de los bienes se efectúe en beneficio del organismo beneficiario a más tardar el día del depósito de la declaración de sucesión. Cuando el organismo beneficiario sea una fundación reconocida como de utilidad pública, la donación puede ser relativa tanto al metálico como a bienes muebles o inmuebles.

Las donaciones que entran dentro del marco de este mecanismo dan derecho, al heredero o al legatario donante, a una rebaja en la parte neta sometida a los derechos de sucesión, equivalente al valor de los bienes remitidos al organismo beneficiario, que se evalúa en el día del fallecimiento. Esta rebaja no está sometida a ningún límite, pero no puede acumularse con la reducción de impuestos sobre la renta ni con la reducción del ISF.

Para poder optar a este mecanismo, el donativo debe realizarse imperativamente dentro de un plazo de seis meses a contar desde el fallecimiento. Esta condición implica por lo tanto que, en caso de donación con condición suspensiva, ésta se haya levantado antes del vencimiento de ese plazo, de manera que la donación se haya convertido en definitiva. Además, es obligatorio que la entrega de los bienes al organismo beneficiario se realice a más tardar el día del depósito de la declaración de sucesión y que dicho organismo haya obtenido el reconocimiento de su carácter de utilidad pública a más tardar en el vencimiento de ese mismo plazo de seis meses.

Este criterio temporal es fuente de dificultades importantes en todos aquellos casos en los que los herederos deseen ir más allá de una simple donación y efectuar una verdadera acción de mecenazgo, más precisa y más concreta. En efecto, el plazo de seis meses parece a menudo demasiado corto para encaminar una declaración de sucesión. Y no digamos cuando es necesario gestionar una acción de mecenazgo, cuyo importe y modalidades (donación de importes en efectivo o de bienes en especie) se derivarán de las previsiones en cifras que realizará el Notario y de las reflexiones de los herederos frente a la pérdida de un familiar.

Este plazo se reduce aún más cuando los herederos no pueden (o no quieren) realizar una donación *inter vivos*. En efecto, en ese caso, hay que tener en cuenta el procedimiento estricto al cual se someten los donativos

realizados a organismos a los cuales se ha reconocido la utilidad pública: una vez preparado por el Notario el proyecto de donación, deberá ser aceptado por el órgano competente del organismo, antes de que pueda ejercerse el derecho a oposición de la Prefectura de la sede de éste, que dispone de un plazo de cuatro meses para pronunciarse. Incluso si la reforma de la tutela administrativa ha previsto una libre aceptación de los donativos consentidos a las asociaciones y FRUPs, también hace falta que el organismo beneficiario pueda instruir el proyecto, aceptarlo y regularizar el acto en ese mismo plazo de seis meses. Sin embargo, no todos los organismos tienen la misma agilidad, las mismas capacidades de instrucción ni las mismas facilidades para hacer que su órgano deliberativo acepte un proyecto de donación.

#### B) *Incentivos fiscales para el mecenazgo de empresas*

Como los particulares, las empresas pueden beneficiarse de ventajas fiscales en concepto de las donaciones realizadas a organismos de interés general, como las fundaciones o los FdD. La ley de 23 de julio de 1987 definió por primera vez un entorno jurídico y fiscal favorable para el mecenazgo, y fomentó el mecenazgo de empresa. La entrada en vigor de este texto permitió que las empresas dedujeran, del importe de sus resultados imponibles, las donaciones que habían efectuado en beneficio de obras de interés general, hasta un límite determinado en función de su cifra de negocios.

La ley de 1 de agosto de 2003 modificó este mecanismo y lo hizo más atractivo, con el objetivo de fomentar el desarrollo del mecenazgo. Desde su entrada en vigor, las donaciones realizadas por empresas a organismos de interés general dan derecho a una reducción de impuestos, que se rige por las disposiciones del artículo 238 bis del Código general de impuestos.

Las donaciones que dan derecho a reducción de impuestos son aquellas que se efectúan en beneficio de los organismos enumerados limitativamente por el texto del artículo 238 bis del Código general de impuestos, es decir, en la práctica los organismos mencionados en el artículo 200 del Código general de impuestos a los cuales se añaden en concreto los museos de Francia que responden a las mismas condiciones, y las sociedades u organismos públicos o privados de investigación científica o técnica que hayan sido autorizados.

Al igual que ocurre con los particulares, los pagos efectuados deben ser realmente donaciones, es decir, deben realizarse sin contrapartida directa o indirecta por parte del organismo beneficiario. De hecho, la existencia de contrapartidas de ese tipo, en concreto de naturaleza publicitaria, supone la

recalificación de la donación como operación de patrocinio (o *sponsoring*) que no da derecho a una reducción de impuestos. Como excepción a este principio, la administración fiscal admite que la atribución por el organismo de contrapartidas simbólicas, cuyo valor presente una desproporción clara con el importe de la donación, no ponga en duda el beneficio del mecanismo de mecenazgo. No obstante, la administración no ha precisado qué es lo que constituye una desproporción clara entre la prestación y el importe del pago efectuado por la empresa. En el marco del antiguo régimen de deducción en concepto de mecenazgo, la administración fiscal admitió que esta condición de desproporción se satisfacía cuando existía una relación de 1 a 4 entre el valor del bien entregado y el de la donación, pero esta norma no se incluyó en los comentarios administrativos posteriores a la reforma del mecenazgo de 2003. No obstante, parece que la práctica administrativa sigue aplicando este ratio, puesto que el propio ministerio de cultura se refiere al mismo explícitamente en sus folletos de presentación de los principios aplicables al mecenazgo cultural. Por otra parte, se admite igualmente que la asociación del nombre de la empresa pagadora con las operaciones realizadas por el organismo es resultado del mecenazgo si se limita a la mención del nombre del donante, sea cual sea el soporte de la mención (logotipo, sigla...) y la forma del nombre, con la excepción de cualquier mensaje publicitario.

Las donaciones dan derecho a una reducción en los impuestos equivalente al 60% del importe de las cantidades pagadas, limitándose estos importes al 0,5% de la cifra de negocios, antes de impuestos, obtenida por la empresa durante el ejercicio durante el cual se efectúen las donaciones. Cuando las donaciones superen este límite, el excedente se traslada sucesivamente a los cinco ejercicios siguientes y da derecho a una reducción en los impuestos en las mismas condiciones, después de tener en cuenta los pagos del ejercicio.

Por último, cuando el importe de esta reducción de impuestos supera al importe del impuesto a pagar, el saldo no imputado puede utilizarse para el pago de los impuestos adeudados en concepto de los cinco años (o ejercicios) siguientes a aquél en concepto del cual se haya constatado la reducción de impuestos.

### C) *El caso particular de las donaciones transnacionales*

Según el principio de territorialidad del impuesto, tal y como lo interpreta la administración fiscal, el organismo beneficiario de las donaciones que dan derecho a las ventajas fiscales del régimen de mecenazgo debe ejercer su actividad de interés general en Francia, incluso si no tiene su sede en Francia. Así, la reducción en los impuestos debe rechazarse para los pagos realizados

a obras u organismos franceses o extranjeros que no ejerzan ninguna actividad en Francia, o realizados a obras u organismos extranjeros que se limiten a ejercer en Francia una actividad limitada en favor de un grupo restringido de personas que pertenezcan, desde el punto de vista nacional, económico y social, a una categoría determinada de individuos.

Como excepción a este principio, la administración fiscal ha admitido no poner en duda la reducción de impuestos para las donaciones realizadas a los organismos franceses que:

- realicen acciones humanitarias de ayuda en favor de poblaciones con dificultades, en todo el mundo;
- respalden a organismos extranjeros que tengan como objetivo difundir la cultura, la lengua y los conocimientos científicos franceses, siempre y cuando el organismo francés no tenga como único objeto la recogida de fondos a tal efecto; o
- trabajen para la protección del medio ambiente.

En un auto de 27 de enero de 2009, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>124</sup> consideró que el hecho de limitar la ventaja fiscal del mecenazgo a las donaciones efectuadas en beneficio de organismos de interés general establecidos en el territorio nacional constituía una limitación a la libertad de circulación de capitales, cuando los organismos no residentes satisfacen las condiciones impuestas por la legislación nacional para la concesión de esa ventaja fiscal.

Al objeto de que el derecho francés se atenga a la jurisprudencia comunitaria, la ley de finanzas rectificativa para 2009 abrió el mecanismo de mecenazgo descrito en los artículos 200 y 238 bis del Código general imuestos, a partir del 1 de enero de 2010, a las donaciones consentidas a organismos extranjeros situados en un Estado de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE) desde el momento en el que busquen objetivos y presenten características similares a los organismos franceses que respondan a las condiciones fijadas en esos artículos. En la práctica, este mecanismo es aplicable mediante autorización previa de la administración fiscal o a posteriori, si el contribuyente presenta, dentro del plazo de depósito de la declaración, los documentos justificativos que certifiquen que el organismo puede optar a las ventajas fiscales.

Un Decreto y un auto de 28 de febrero de 2011 precisaron las modalidades de aplicación de este texto y definieron el modelo de solicitud de

---

<sup>124</sup> TJUE, 27 de enero de 2009, *Hein Persche c/Finanzamt Lüdenscheid*, aff. C-318/07, DOUE C 69/8 de 21 de marzo de 2009, p. 8.

autorización que debían presentar los organismos que desearan beneficiarse de este mecanismo. No obstante, estos dos textos no se pronunciaron claramente sobre la cuestión de saber si la regla de territorialidad que pretende limitar el beneficio de las ventajas fiscales a las donaciones realizadas a organismos que ejercieran sus actividades en Francia se aplicaría igualmente en el marco de este procedimiento de autorización, pero el punto VI del modelo de solicitud de autorización que figura en el anexo del auto de 28 de febrero de 2011 era relativo no obstante a las «actividades ejercidas en Francia por el organismo solicitante».

Este planteamiento, totalmente contrario al espíritu mismo de la jurisprudencia Persche, fue adoptado explícitamente por la administración fiscal en el proyecto de instrucción fiscal que sometió a consulta pública del 30 de enero al 29 de febrero de 2012. Como este proyecto provocó una fuerte protesta del conjunto del sector filantrópico, el señor Gilles Bachelier, consejero de Estado, fue encargado entonces de redactar un informe sobre esta cuestión. Este informe, publicado en febrero de 2013, llegaba a las principales recomendaciones siguientes:

—abrir la elegibilidad de las donaciones a los organismos de interés general establecidos en el seno de la UE o en los Estados del EEE que hayan suscrito con Francia un convenio fiscal que contenga una cláusula de asistencia administrativa, con el objeto de luchar contra el fraude y la evasión fiscal, y que ejerzan en ese lugar su actividad, de entre los enumerados en el artículo 200 del Código general de impuestos;

—abrir el régimen fiscal del mecenazgo a los organismos de interés general que tengan su sede en la UE/EEE, pero que ejerzan su actividad fuera de estas zonas, siempre y cuando se sitúen en una de las excepciones doctrinales (ayuda humanitaria, el prestigio de Francia y de la lengua francesa, y el medioambiente); los organismos de la UE/EEE que no entren en estas dos excepciones deberán obtener previamente una autorización del ministerio del presupuesto, válida por 5 años;

—no abrir el beneficio del mecenazgo a los organismos de interés general establecidos fuera de la UE/EEE, sea cual sea el lugar de su actividad. Como excepción, los organismos internacionales en los cuales participe Francia (organismos dependientes de la ONU, en concreto), se verían dispensados del requisito de autorización.

Tras la publicación de este informe, el gobierno publicó a su vez en julio de 2013 un comunicado en el que reafirmaba la necesidad de garantizar al régimen jurídico de la fiscalidad de las donaciones y del mecenazgo, y en el

que se comprometía a adaptar varias propuestas del informe Bachelier con el objetivo de respaldar a los actores de la solidaridad internacional y de reforzar la transparencia del mecanismo de fomento de las donaciones.

En noviembre de 2015, una propuesta de redacción de la documentación fiscal sobre esta cuestión se sometió al alto Consejo de la vida asociativa (*Haut Conseil à la Vie Associative*, HCVA), para obtener su opinión. Este texto presenta adelantos con respecto al proyecto presentado en 2012, y retoma en concreto las tres recomendaciones del informe Bachelier que se citan más arriba. El HCVA emitió no obstante reservas sobre este texto, en concreto por:

- la exclusión de la financiación de las becas para estudiantes, que no se considera que prestigien a Francia;
- la limitación de la financiación de la investigación científica fuera del EEE a las únicas acciones de difusión de sus resultados; y
- la redacción restrictiva e inadaptada de los desarrollos consagrados a los casos de organismos «arrendadores/redistribuidores» que, al igual que la Fundación de Francia, no llevan a cabo por sí mismos acciones de campo, sino que financian por vía de subvenciones de organismos locales.

Desde esa fecha, se produjeron nuevos intercambios de opiniones entre la administración fiscal y los servicios del primer ministro, y el 10 de mayo de 2017 se publicó un texto finalizado<sup>125</sup>, que responde a la mayor parte de las solicitudes del sector.

## VI. Conclusiones

1. El recelo histórico, manifestado en la ausencia de toda regulación en el Código Civil y después, aún se mantiene latente. De tal manera que ninguna de las leyes al uso —1901, 1987, 1990, 2003— ofrecen, estrictamente, una definición de fundación. Esto tiene otra lectura desde la perspectiva expuesta: precisamente por esa ausencia de definición, tanto aquellas leyes como la norma de 2008 sobre los «fondos de dotación», parecen aceptar que existe, en el fondo, un concepto dogmático comúnmente aceptado al cual todas esas normas sectorizan sus esfuerzos.

Tal concepto con un conjunto de caracteres comunes ha evitado el uso de términos como «caritativo» o «filantrópico»; conceptos que sustituye, y engloba, por el de «interés general». Tampoco entra a las formas de actuar de

---

<sup>125</sup> BOI-BIC-RICI-20-30-10-10-20170510.

la fundación (operativas, distributivas, empresariales, mixtas, comunitarias, etc.); ni, menos aún, a sus formas de gobierno y control. El único problema que planteaba sería la posible admisión por parte de las leyes y las autoridades de formas quasi-fundacionales de interés «particular» o «privado», como son las fiducias y fideicomisos, especialmente si estos tuvieran algún tipo de reconocimiento jurídico amplio y de exención fiscal, ya que en tales casos se producen formas de autorización y control público (de otro modo no). Pero, en Francia, de manera general no son considerados, en modo alguno, como formas asemejadas a la fundación o como fundación misma, salvo en el caso expuesto del *fond de dotation*.

2. Francia ha optado por formar legalmente diversas *formas* de fundación, dotadas de diversos caracteres, cuando se presenta una situación que podía distorsionar la identidad primigenia de la fundación-institución. Dicho de otro modo, cuando aparecen elementos que podrían ser complementarios —y no son, por tanto esenciales— en la existencia de la idea abstracta fundación, se crea una «fundación» adjetivada *ad hoc* (fundaciones de empresa, fundaciones de Universidad, etc.). Se ha evitado, así, estirar un modelo único hasta hacerlo irreconocible.

Es de suponer que la multiplicación de formas que se ha ido produciendo y la flexibilización del sistema que supone la creación del *Fond de dotation*, incrementará tanto el número como su apertura a nuevos campos de actuación. En el caso de las tres formas creadas entre 2006 y 2007, se abre un campo a la colaboración público-privada en ámbitos científicos, universitarios y de investigación. Aunque no es previsible un gran número de nuevas fundaciones, sí un incremento de las operaciones y una ampliación del esfuerzo investigador, científico y universitario; por eso son importantes. En el caso de los *fonds de dotation*, se abre un «nuevo mercado» para posibles fundadores que no desean el régimen de intervención y costoso sistema de creación de las FRUP; por eso se han creado alrededor de 200 cada año. Si bien el número de FRUP mantiene estático, la aparición de pequeñas fundaciones bajo abrigo (FsE) también se ha incrementado, facilitando a los pequeños fundadores hacer viable su objetivo y la prestación de su servicio.

La aparición, pues del «fondo de dotación», con un régimen interno muy liberalizado de controles públicos, parece que ha puesto esta *concepción* en un brete. Se trata de favorecer el «tráfico» civil y caritativo. Aunque sean fundaciones en su más profunda radicalidad, están *liberadas* de (prácticamente) todos los enormes controles que tienen las fundaciones «ordinarias». Por eso han preferido no denominarlas fundaciones —he aquí una prueba más de esa

identidad intangible que prefieren—, sino traducir, de aquel modo, la figura jurídica *Endowment Fund* americano<sup>126</sup>.

3. Así, a día de hoy, existen en Francia ocho categorías de fundaciones, de las cuales cuatro son generalistas: la fundación reconocida como de utilidad pública, la fundación albergada, la fundación de empresa y el fondo de dotación, y cuatro especializadas: las fundaciones de cooperaciones científicas, las fundaciones universitarias, las fundaciones asociativas y las fundaciones hospitalarias.

Sin embargo, estas cuatro últimas categorías, cuyo marco jurídico recuerda en gran medida al marco jurídico de las fundaciones generalistas, se utilizan poco en la práctica. Así, por ejemplo, el estatus de fundación de cooperación científica, que no se distingue del de las FRUPs más que por el hecho de que se crea mediante simple Decreto en lugar de Decreto del Consejo de Estado, no parece justificarse y de hecho se encuentra en cierta medida abandonado desde hace varios años: desde 2011, únicamente se han creado siete fundaciones en esta categoría.

Del mismo modo, las disposiciones excepcionales previstas para las tres otras categorías de fundaciones sectoriales parecen poco justificadas por la complejidad inducida de la multiplicidad de estos estatus y su escaso éxito: dos fundaciones universitarias, ocho fundaciones asociativas y una fundación hospitalaria creadas desde 2011.

Por lo tanto, parecería juicioso simplificar el marco legal de las fundaciones, suprimiendo los cuatro estatus sectoriales actualmente existentes cuyo mantenimiento no se justifica. Por otro lado, esta propuesta es la propugnada por la inspección general de finanzas en un informe sobre el papel económico de las fundaciones, realizado a solicitud de la Secretaría de Estado encargada del comercio, de la artesanía, del consumo y de la economía social y solidaria<sup>127</sup>.

4. Como hemos visto, los estatutos-tipo de FRUPs prevén que el Estado sea representado en el Consejo de administración de estas fundaciones, por administradores o bien por un Comisario del gobierno. Sin embargo, parece que la presencia de administradores en el Consejo de administradores

<sup>126</sup> Figura que, por otro lado, es una de las formas más prototípica de la «fundación privada» americana; que adopta este nombre y, con tal, una forma disponible de las muchas posibles. I. T. REICHENBACH, «Endowment funds “a la française” from an American perspective», en *Fonds de Dotation*, especial de la *La documentacion française*, Paris, 2010, pp. 15 y ss.

<sup>127</sup> JEVAKHOFF A. y Cavaillolès D., *Le rôle économique des fondations*, Inspección general de finanzas, abril de 2017.

de fundaciones reconocidas de utilidad pública plantea determinadas dificultades.

El informe antedicho de la Inspección general de finanzas de abril de 2017 destaca en concreto los puntos siguientes:

—Esos administradores pueden encontrarse en posiciones delicadas en aquellos casos en los que deban pronunciarse sobre operaciones que pongan en duda a la vez el interés de la fundación misma y el «interés público»; en el sentido más amplio. Estas situaciones ponen en evidencia un conflicto de intereses entre su función de administrador y su función de representante del Estado (en el caso de una reestructuración de la función que implique despidos económicos, por ejemplo);

—La elección de esta forma de representación moviliza a un número importante de funcionarios (de 7 a 8 para la Fundación de Francia, por ejemplo), que sería útil limitar para racionalizar los gastos públicos.

La Inspección general de finanzas recomienda por lo tanto que se generalice la representación del Estado en el Consejo de administración de las FRUPs, por un Comisario del gobierno. Esta recomendación permitiría igualmente aligerar la secretaría administrativa de las fundaciones en cuestión.

5. Las asociaciones y fundaciones francesas se enfrentan a dificultades crecientes para determinar su elegibilidad o la de sus beneficiarios para el mecenazgo. En efecto, desde hace varios años, Francia atraviesa un período de escasez de fondos públicos. Para mantener sus actividades y conservar los empleos que crean, las asociaciones y fundaciones se ven cada vez más incitadas a desarrollar una actividad económica y a cobrar por sus servicios. Las colectividades públicas, por su parte, recurren cada vez más a los mercados públicos en vez de a la subvención, para su financiación.

En el estado actual de la reglamentación francesa, estos organismos que actúan al servicio del bien público se ven excluidos del beneficio del régimen fiscal del mecenazgo, por razón de la existencia de su sector lucrativo. La situación es tan confusa que los edictos dictados por la administración fiscal no tienen alcance general y en ocasiones casos similares dan lugar a lecturas divergentes por parte de los servicios fiscales.

La interpretación del concepto de «no lucrativo» es cada vez más delicada, puesto que la frontera entre las actividades económicas y sociales es cada vez más tenue. Así, y paradójicamente, el campo de las actividades que pueden optar al mecenazgo se restringe, mientras que la realidad social y las políticas públicas defienden el reconocimiento del interés general de determinadas causas. Este es el caso, por ejemplo, del empleo de personas en dificultades,

prioritario en Francia. La adopción en 2014 de un estatus jurídico para el sector de la economía social y solidaria, sin que se hayan adoptado paralelamente disposiciones fiscales conjuntas, acentuó estas dificultades de interpretación.

En este contexto, el criterio del «ánimo de lucro» no es satisfactorio para juzgar por sí mismo la elegibilidad de un proyecto de mecenazgo. Por otra parte, la yuxtaposición de varios conceptos: interés general, utilidad pública, utilidad social... (y de los derechos que les corresponden), como resultado de la jurisprudencia del Consejo de Estado, del derecho fiscal y de la ley orgánica, también es fuente de confusión.

Frente a la porosidad creciente entre los sectores económicos y sociales, la obsolescencia del criterio de «ánimo de lucro» y la superposición de los mecanismos y de las definiciones ponen en dificultades a los actores sociales a la hora de respetar la reglamentación.

En 2017, determinados actores del sector de la economía social y solidaria iniciaron una reflexión con los poderes públicos para aclarar la interpretación del concepto de interés general en el marco del mecenazgo, proponiendo: i) que se consideren de interés general las estructuras beneficiarias de pleno derecho de la autorización ESUS (*Entreprise Solidaire d'Utilité Sociale*, empresa solidaria de utilidad social), y ii) que ya no sea el ánimo de lucro el punto central del análisis de los proyectos, sino que se tenga en cuenta la gobernanza desinteresada de los titulares, el objeto del proyecto y su carácter no competitivo.

6. La ley de 2 de agosto de 2005 sobre el desarrollo de PYMES, mediante la introducción del actual artículo 18-3 de la ley de 23 de julio de 1987 sobre el desarrollo del mecenazgo (también denominada *enmienda Carayon*), permitió que las FRUPs detentaran títulos de sociedades recibidos tras una operación de cesión o de transmisión de empresa, siempre y cuando se respetara el principio de «especialidad» (en virtud este principio, la fundación solo puede poseer títulos de sociedades comerciales que desempeñan una actividad relacionada con su objeto).

En la práctica, la enmienda Carayon solo se ha utilizado, a día de hoy, en dos casos, en beneficio de las fundaciones Pierre Fabre y Avril, explicándose esta situación principalmente por el carácter restrictivo del marco jurídico propuesto, y la complejidad de su puesta en práctica.

Esta situación es incluso más sorprendente cuando se tiene en cuenta que en otros países europeos las fundaciones desempeñan un papel económico más marcado, detentando en concreto empresas importantes: así ocurre en

Alemania, en Dinamarca, o en Suiza, para empresas o grupos industriales de amplitud mundial como Bertelsmann, Carlsberg, Rolex, Lego, o incluso Ikea, que es detentada por fundaciones de Luxemburgo y de Países Bajos.

Estas experiencias de fundaciones accionistas en el extranjero han llevado a la Secretaría de Estado encargada del comercio, la artesanía del consumo y la economía social y solidaria a solicitar a la inspección general de finanzas un informe sobre el papel económico de las fundaciones, que se entregó en abril de 2017.

En ese informe, la Inspección general de finanzas estima que, si se flexibilizaran, mejorarían las condiciones de detención mayoritaria de una empresa por una fundación, siempre y cuando sigan supervisadas, constituyendo las fundaciones accionistas una herramienta de la política industrial. Concluye igualmente recomendando que los estatus de las FRUPs, de las fundaciones de empresa y de los FdD sean adaptados para que puedan detentar participaciones mayoritarias en empresas, sin por ello modificar la definición del interés general que no debe ampliarse a cuestiones de orden económico.

El debate sobre esta cuestión se ha iniciado, y podemos pensar que en los próximos meses o años Francia podría conocer una evolución en este sentido de su derecho de fundaciones, que también supondría, probablemente, una revisión de su régimen fiscal.

## Bibliografía<sup>128</sup>

- ALFANDARI E. et NARDONE A. (sous. la direction de), *Associations et Fondations en Europe. Régime juridique et fiscal*, Juris Service, 1994.
- ALFANDARI, E. & F. TOURETTE, *Action et aide sociales*, Dalloz, 5.<sup>a</sup> ed., 2011.
- ALLI TURRILLAS J. C., «La Charity inglesa: desarrollo y actualidad (2006-2015)», en J. L. PIÑAR & S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Anuario de Derecho de fundaciones 2014*, Iustel & AEF, 2015.
- *La fundación ¿Una casa sin dueño? (gobierno, control público y responsabilidad de fundaciones en Inglaterra, estados Unidos, Alemania y Francia)*, Iustel, Madrid, 2012.
- *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2010.
- AMBLARD, C., *Fonds de Dotation. Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, Lamy Axe Droit, Paris, 2010.
- ANHEIER, H. K. & S. DALY, «Philanthropic foundations in modern society», en *The Politics of Foundations. A Comparative Analysis*, Routledge, London, 2007, pp. 17-18.

---

<sup>128</sup> No hemos recogido algunos libros que, aunque citados de manera completa en nota, no constituyen referencias bibliográficas directas con Francia.

- ARCHAMBAULT, E., «Pourquoi les fondations sont-elles si rares en France?», en D. GILARD (ed.), *Solidarités collectives: famille et solidarités*, L'Hartmann, Paris, 2004.
- «Defining the Nonprofit sector in France», en *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, n.º 7, L. M. SALAMON AND H. K. ANHEIER (eds.), The Johns Hopkins Institute for Policy Studies, Baltimore, 1993. Publicado en el *Nonprofit Sector Series* n.º 1, de 1993.
- «France», en A. SCHLUETER, V. THEN & P. WALKENHORST (eds.), *Fundations in Europe. Society, Management and Law*, CAF & Bertelsmann Foundation, London, 2001.
- The Nonprofit Sector in France*, Johns Hopkins Nonprofit Sector Series n.º 3, Manchester University Press, Manchester, 1997.
- BARON, E. & X. DELSOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise. Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise. Régimen juridique et fiscal*, 2.<sup>a</sup> ed., Juris Service & AGEC, 2004.
- BERTELSMANN FOUNDATION, *Foundations in Europe*, The Directory of social change, 2001.
- BINDER, O., *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations*, 4.<sup>a</sup> ed., Admical, 2007.
- BLANC, Y., «Les fondations françaises et la tutelle de l'État», en *Légitimité et fonctions des fondations en Europe et aux Etats-Unis*, Colloque organisé par la Fondation Mattei Dogan (Paris) et le Social Science Research Council (New-York), 27-29 mai 2004.
- «Les paradoxes des relations entre l'Etat et les fondations», en *Administration* n.º 198 (2003).
- BROCA B., *La Fondation de France 1994-2008. Une aventure très humaine*, Perrin, 2009.
- BROWNE, P., *Through the Eye of a Needle: Wealth, the Fall of Rome, and the Making of Christianity in the West, 350-550 AD*, Princeton University Press, 2014.
- CAPITANT, D., «Stiftungen im französischen Recht», en K. J. HOPT & D. REUTER (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa; Schnittpunkte des Instituts für Stiftungsrechte*, Heymanss & Bucerius Law School, Köln, 2001.
- CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Cáritas, Madrid, 1981; y F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: Junciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984.
- CHANCERELLE DE MACHETE R. & SOUSA ANTUNES H., *As Fundações na Europa. Aspectos jurídicos (Foundations in Europe. Legal aspect)*, Fundação Luso-americana, 2008.
- CHARHON F., *Vive la Philanthropie*, Cherche-Midi 2016.
- COMBES, I. & F. CHARHON (DIRS.), *Fondations. Fonds de dotation. Constitution, gestion, évolution*, 2.<sup>a</sup> édition, Juris Editions, 2016.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Rendre plus attractif le droit des fondations, Étude adoptée par la Section de l'Intérieur et la Section du rapport et des études du Conseil d'État siégeant en section réunies les 27-28 novembre 1996*, en *La documentation française*, Paris, 1997.
- COURTOIS, G., «Les fondations et la société français», en *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, Armand Colin, Paris, 1989.

- DEBBASCH, H. & LANGERON P., *Les fondations, Coll. Que sais-je?*, PUF, 1992.
- DEBBASCH, C., «Le cadre juridique de las fondations», en *Les Fondations un mecenat pour notre temps?*, Collection Science et Droit Administratifs, PU D'Aix-Marseille, 1987.
- DECKERT, K., «Nonprofit organizations in France», en K. J. HOPT & T.V. HIPPEL (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010.
- DELREZ, M., «El Arrêt du Conseil d'État de 8 de juin 1994», en *AJDA* 1995, 921.
- DEVIC L., *Fonds de dotation*, Coll. Le Juri'Guide, 2e édition, Juris éditions, Dalloz, 2014.
- «Fond de dotation: un outil révolutionnaire pour les mécènes», *Juris Assoc*, n.º 386 (2008).
- «Mécénat et fondations: vers un peu plus d'audace?», en *Juris Assoc.* n.º 272 (2003).
- DOGAN M. & PREWITT K., *Fondations philanthropiques en Europe et aux États-Unis*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2007.
- DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel, I. La règle de Droit. Le problème de l'Etat*, Boccard, Paris, 1927.
- DUTHEIL P. H. (dir.), *Droit des associations et fondations*, Coll. Juris Corpus, Juris éditions, Dalloz, 2015.
- FOUNDATION DE FRANCE-OBSERVATOIRE, *10 questions sur les fondations de particuliers en France en 2007* (V.TCHERONOG): [http://www.fondationdefrance.org/Outils/Mediatheque/Etudes-de-l-Observatoire?id\\_theme=5028](http://www.fondationdefrance.org/Outils/Mediatheque/Etudes-de-l-Observatoire?id_theme=5028).
- FUKUYAMA, F., *The Trust. The Social Virtues & The Creation of Prosperity*, The Free Press, NY, 1995.
- HAURIOU, M., *Teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, en *Obra Escogida*, IEA, 1976.
- HEIER H., SALOMON I., *The Nonprofit Sector in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2006.
- HOPT K. J., WALZ W. R., VON HIPPEL T. & THEN V., *The European Foundation*, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2006.
- HOPT, K. J. & T. V. HIPPEL (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- KAMINSKI, P., *Les assotiations en France et leur contribution au PIB*, ADDES & Fondation Credit Cooperatif, 2006.
- LAPRADELLE, G. de, *Théorie et pratique des fondations perpetuelles*, París, 1895.
- LAURENS, O DE (dir.), D. LEMAISTRE, V. TCHERONOG *et aliq.*, *Foundations in France in 2007. Founders, fields of action, economic weight*, Fondation de France-Observatory (Abril 2008): [www.fondationdefrance.org/Outils/Mediatheque/Etudes-de-l-Observatoire?id\\_theme=5028](http://www.fondationdefrance.org/Outils/Mediatheque/Etudes-de-l-Observatoire?id_theme=5028).

- MALUQUER DE MOTS, C., *La fundación como persona jurídica en la Codificación civil: de la vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1983.
- MARGUERIE, V., «Etude sur les libéralités faites établissements non reconnus», en *Revue Critique* tomo XLIV (1878).
- MESTRE, J. L., «Les Fondations dans l'Historie», en C. DEBBASCH, *Les Fondations un mecenat pour notre temps?*, Collection Science et Droit Administratifs, PU D'Aix-Marseille, 1987.
- OLECK, H. L. *Nonprofit Corporations, Organizations, and Associations*, 4.<sup>a</sup> ed., Prentice-Hall Inc., 1980.
- PAOLI-GAGIN, V. & A. VUILLEMIN-SEGARRA, *Fondations et Recherche. Fondations reconnues d'utilité publique, Fondations de recherche, Fondations de coopération scientifique*, Actua Entreprise, Gualino éditeur, Paris, 2007.
- PAVILLON E., *La Fondation de France 1969-1994. L'invention d'un mécénat contemporain*, Éditions Anthropos historiques, 1995.
- PISANI, E., «Administration de gestion, administration de mission», en *Revue Française de Science Politique* (RFSP), Año 6.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2 (1956).
- POMEY, M., *Traité des fondations d'utilité publique*, PUF, 1.<sup>a</sup> ed., Paris, 1980.
- PRELE C., *Developments in Foundation Law in Europe*, Springer, 2014.
- REICHENBACH, I. T., «Endowment funds “a la française” from an American perspective», en *Fonds de Dotación, La documentación francesa*, 2010.
- ROZIER, S., «France», en H. K. ANHEIER & S. DALY, *The Politics of Foundations. A Comparative Analysis*, Routledge London, 2007.
- SALAMON, L. M. & H. K. ANHEIER *et aliq.*, *The Emerging Nonprofit Sector. An Overview*, John Hopkins Non profit sector series n.<sup>o</sup> 1, Manchester University press, New York, 1995.
- «Social Origins of Civil Society: Explaining the Nonprofit Sector Cross-Nationally» *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, n.<sup>o</sup> 22, The Johns Hopkins Institute for Policy Studies, Baltimore, 1996.
- SCHLÜTER, A., V. THEN & P. WALKENHORST, *Foundations in Europe, Society, Management and Law*, Bertelsmann Foundation, Directory of social change, 2001.
- TCHERNONOG, V., *Le paysage associatif français: mesures et évolutions*, Dalloz, 2007.
- THE FEASIBILITY FULL REPORT FOR THE EU COMMISSION ON A EUROPEAN FOUNDATION STATUTE, CSI-Heildeberg Universität-Max Planck Institute, 2009, p. 19.
- TURGOT en *Encyclopédie ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers*, tomo VII (FO-GY), Paris, 1757.
- VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, 2002.



# CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA



# **La tendencia de la filantropía en Colombia y la evolución de las Fundaciones Empresariales en Colombia**

*María Carolina Suárez Visbal*

Directora Ejecutiva de la Asociación de Fundaciones Empresariales —AFE Colombia—

SUMARIO: I. UNA TENDENCIA POR OPERAR EN LUGAR DE SER DONANTES.—II. LA PLATAFORMA ESTRATÉGICA DE PROYECTOS.—III. LA IMPORTANCIA DEL TRABAJO COLECTIVO Y ARTICULADO.—IV. TRABAJO EN ALIANZA CON EL GOBIERNO.—V. TRABAJO CON GOBIERNOS LOCALES.—VI. LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE COMO UNA OPORTUNIDAD PARA FORTALECER LA ACCIÓN DE LAS FUNDACIONES Y LA COLABORACIÓN.—VII. EL PROYECTO COLECTIVO DE LAS FUNDACIONES AFE EN ANTIOQUÍA.—VIII. LOS RETOS HACIA EL FUTURO COMO SECTOR.—BIBLIOGRAFÍA.

El presente escrito tiene como propósito hacer un recorrido por la filantropía en Colombia partiendo brevemente de su tradición e historia para continuar con el presente y finalizar con unas reflexiones alrededor de los retos del futuro desde la base que la filantropía y en especial las fundaciones empresariales que lideran el sector en Colombia tiene unos activos únicos que superan capacidades de otros actores como la posibilidad de arriesgar, apostarle al largo plazo, actuando con paciencia, reconociendo las realidades del territorio e intereses de las comunidades para actuar, y trabajando con otros actores para cambiar realidades sociales y con ello alcanzar verdaderas transformaciones.

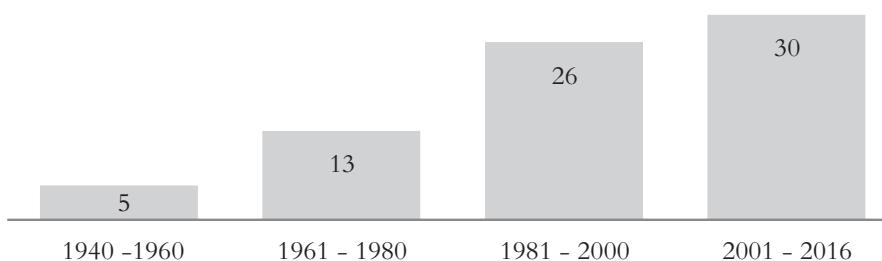
La tradición filantrópica en Colombia es de las más antiguas en Latinoamérica. De acuerdo a Cristina Rojas y Gustavo Morales, los inicios de la filantropía, a comienzos del siglo xx, tuvieron dos fuentes en nuestro país, ambas surgieron en el contexto del proceso de industrialización. La empresarial a partir de empresarios influenciados por un sentido paternalista quienes buscaban crear formas locales de capitalismo benefactor y la religiosa, donde agrupaciones católicas crearon sus propias organizaciones filantrópicas para promover la educación de los más pobres bajo los principios de la religión católica. Además de educación, las primeras organizaciones filantrópicas también proveían a los sectores más vulnerables en temas de salud, centrándose principalmente en los hospitales generando propuestas que se concre-

taron en la creación de políticas sociales de inicio de siglo, en temas de seguridad social y educación<sup>1</sup>.

En Colombia, siempre ha existido un sentido de responsabilidad desde lo privado por lo social, entendiendo el significado de la inversión social privada en Colombia con un enfoque en lo público como estrategia para aliviar las problemáticas sociales que han existido en el país y aportar en la reducción de la pobreza y las brechas de inequidad, bajo la concepción de la responsabilidad.

Las fundaciones privadas en Colombia fueron primero un fenómeno atado a la familia dueña de empresas y negocios, es decir, era una filantropía indirectamente empresarial puesto que gran parte de los dividendos que obtenían estas familias eran reinvertidos en programas sociales identificados y priorizados por la familia. En 1970 ya existían siete fundaciones familiares de acuerdo al estudio realizado por la Fundación Promigas y la Fundación DIS llamado «Las Fundaciones Empresariales en Colombia: Una mirada a su estructura y dinámica» (Fundación Promigas y Fundación DIS, 2012; 31). Rodrigo Villar<sup>2</sup> también avala que las fundaciones de familia empresarial hayan sido la primera figura fundacional dentro de la inversión social privada, para esto, Villar presenta que en 1980, el 44% de las fundaciones de familia empresarial habían sido creadas, mientras que solo un 6% de fundaciones empresariales estaban vigente durante el mismo año<sup>3</sup>.

Año de creación de las Fundaciones AFE



Fuente: Estudio Global de Filantropía 2017-Censo AFE 2017. Muestra de 74 fundaciones.

<sup>1</sup> ROJAS, C. y MORALES, G., «Contribuciones Privadas a La Esfera Pública: Las Fundaciones Empresariales en Colombia», en SANBORN, C. y PORTOCARRERO, F., *Filantropía y Cambio Social en Latinoamérica*, 2005, 211.

<sup>2</sup> Rodrigo Villar es un antropólogo reconocido experto en temas relacionados con la inversión social, la filantropía y la responsabilidad social empresarial.

<sup>3</sup> VILLAR, R., *Recursos Privados para la Transformación Social*, 2015, 57.

La visión de las fundaciones de familia empresarial puede ser resumida en las palabras del fundador de la Fundación Carvajal, Manuel Carvajal Sisterrra:

*“No puede haber una empresa sana en un medio social enfermo, porque tarde o temprano los males del medio repercuten en su desempeño. Por eso, el empresario responsable debe necesariamente comprometerse en la solución de los problemas sociales”<sup>4</sup>.*

La visión de Carvajal respalda la idea que el rendimiento económico de una organización está intrínsecamente atado a unas condiciones socioeconómicas favorables de la población. Las fundaciones de origen familiar coinciden en su génesis por su visión en donde no se concibe la prosperidad económica sin prosperidad social.

Por su parte, la tendencia de las fundaciones empresariales en Colombia son un producto, en gran medida, del siglo XXI, aunque el interés por crear este tipo de fundaciones venía ya desde la década de los noventa. Estas fundaciones derivan sus bienes y fondos de una o varias empresas o grupo empresariales.

En el mencionado estudio de Fundación Promigas y Fundación DIS, el cambio en la tendencia de fundaciones de familias empresarias a fundaciones empresariales se da por «la creciente institucionalización y burocratización de las organizaciones empresariales, y la pérdida relativa de importancia del empresario individual, por la estructura de propiedad»<sup>5</sup>. El cambio también corresponde al capitalismo moderno en la forma en que las empresas se convirtieron cada vez más en actores legítimos e interlocutores ante el Estado en temas sociales, dado el gran poder que han adquirido en las últimas décadas. Esta apropiación del sentido social por parte de la empresa privada no solo se ve en el aumento de las fundaciones empresariales, sino también en el surgimiento de nuevos conceptos como la responsabilidad social empresarial y el valor compartido<sup>6</sup>.

Las fundaciones empresariales han tenido un impacto especial en Colombia, donde, por su capacidad de operar proyectos en el territorio, se han convertido en el motor del sector social y un aliado fundamental para los gobiernos nacionales y locales, junto con otras organizaciones de la sociedad civil y la cooperación internacional.

---

<sup>4</sup> <http://www.fundacioncarvajal.org.co/lo-que-nos-inspira/>.

<sup>5</sup> FUNDACIÓN DIS y FUNDACIÓN PROMIGAS, *Las Fundaciones Empresariales en Colombia: Una Mirada a su Estructura y Dinámicas*, 2012, 24.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

Las fundaciones empresariales tienen un ambiente habilitante soportado por sus recursos, provenientes de su empresa, que les permite tener visión de largo plazo, poder asumir riesgos que generen resultados innovadores en el sector social y ser un agente neutral dispuesto a trabajar con cualquier organización que busque beneficiar a la sociedad. A partir de esto, las fundaciones empresariales tienen la capacidad de impactar positivamente a la sociedad generando capacidades en el territorio, tanto para los gobiernos locales como para las comunidades.

Rojas y Morales también identifican que las fundaciones, indirectamente, ofrecen un beneficio a la empresa con potenciales clientes, puesto que estos tienden a preferir empresas con una imagen amigable y humana, por otra parte, las fundaciones empresariales también permiten que la empresa salga de un enfoque puramente económico hacia uno donde también exista identificación social, convirtiendo la iniciativa de inversión social privada en un «instrumento de articulación social que permite que una empresa garantice el desarrollo sostenido de sus negocios»<sup>7</sup>. Con esto, destacamos que las fundaciones empresariales se convierten en un vehículo habilitador para cualificar la acción social de la empresa.

Además de fundaciones empresariales y de familia empresarial, que son la gran mayoría en nuestro país, existen algunas fundaciones independientes, entendiendo por estas una fundación privada creada por una persona —natural o jurídica— quien aporta el capital, pero ni ella ni su familia son tomadores de decisiones ni componen la Junta Directiva, según la definición del Foundation Center<sup>8</sup>. Entre estas Fundaciones se encuentran fundaciones con una trayectoria inmensa como son la Fundación Saldarriaga Concha y la Fundación Fraternidad Medellín, que cuentan con un patrimonio —*endowment*— cuyos réditos los invierten en proyectos de alto impacto.

Con la intención de tener una voz colectiva de este grupo de fundaciones familiares, empresariales e independientes que lideran la filantropía en Colombia, en 2008 los presidentes y directores de 9 fundaciones con este origen, como lo son la Fundación Mario Santo Domingo, Ideas para la Paz, Antonio Restrepo Barco, Dividendo por Colombia, Corona, Social, Saldarriaga Concha, Carvajal y Compartir crearon la *Asociación de Fundaciones Empresariales-AFE*.

<sup>7</sup> ROJAS, C. y MORALES, G., «Contribuciones Privadas a La Esfera Pública: Las Fundaciones Empresariales en Colombia», en SANBORN, C. y PORTOCARRERO, F., *Filantropía y Cambio Social en Latinoamérica*, 2005. 211.

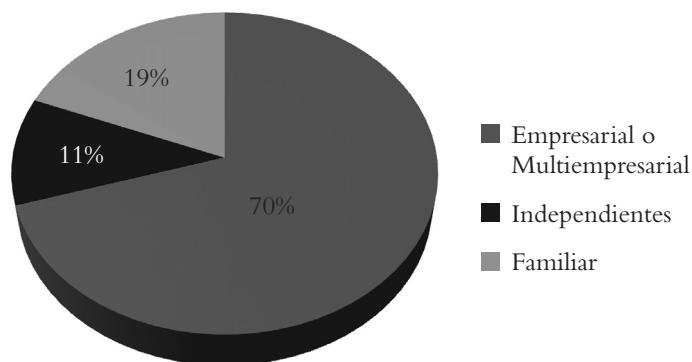
<sup>8</sup> <https://fconline.foundationcenter.org/help?section=welcome&page=5-glossary-of-terms>.

El propósito de estas fundaciones, que se ha mantenido y consolidado en el tiempo, fue crear un espacio común para dialogar, compartir conocimiento y experiencias, buscar nuevas iniciativas de articulación que permitían generar mayor impacto; incidir en temas de gestión pública en asuntos sociales fundamentales, propiciando debates sobre la agenda pública y visibilizar, como entidad embajadora, el compromiso del colectivo y de cada una de sus asociadas.

Después de 9 años de actividad, la Asociación de Fundaciones Empresariales sirve en 2017 a 75 fundaciones asociadas todas ellas con un vínculo directo o indirecto con el sector empresarial, brindando una oferta de valor que se resume en tres grandes apuestas: *conectar, incidir y visibilizar*.

El origen de las Fundaciones asociadas a la AFE está altamente dominado por las Fundaciones Empresariales, ocupando un 70% del total de las asociadas, lo que ratifica lo dicho en estudios anteriores, donde es este grupo de organizaciones las que lideran la filantropía en Colombia.

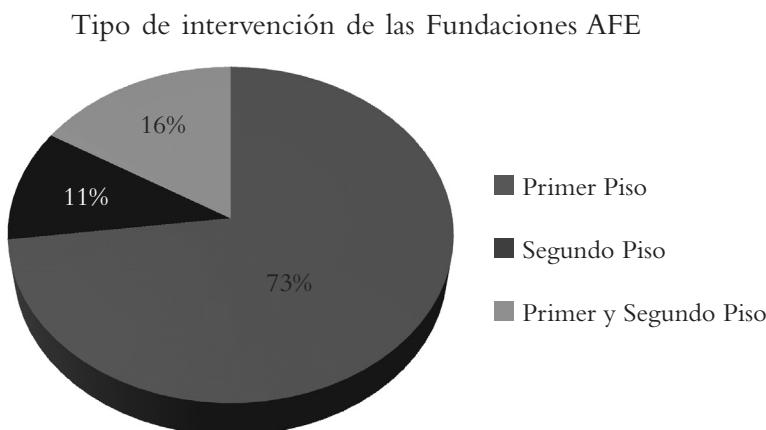
Origen de las Fundaciones asociadas a la AFE a mayo de 2017



Fuente: Censo AFE 2017.

## I. Una tendencia por operar en lugar de ser donantes

Como lo señalamos anteriormente, el rol de las fundaciones empresariales es en gran parte el ser operadoras. El 73% de las fundaciones miembros de la AFE operan, total o parcialmente, sus programas, mientras que solo el 11% está exclusivamente concentrado en hacer donaciones, cuyo concepto inglés se entiende como *grant making foundations*. El 16% restante operan sus programas y también realizan donaciones



*Fuente:* Censo AFE 2017.

Estos datos demuestran que las fundaciones en Colombia, a diferencia de sus pares en otros lugares del mundo, han optado por desarrollar directamente sus programas, ejecutando sus recursos en programas que ellos diseñan e implementan directamente.

El ser operadoras, ha permitido a las fundaciones empresariales convertirse en referentes del trabajo en campo y también les ha dado legitimidad como actores en el territorio dado que se mantienen en constante comunicación con las comunidades y gobiernos locales, que son siempre sus aliados fundamentales en iniciativas.

Este conocimiento y legitimidad también se ha traducido en que las fundaciones que operan son constantemente consultadas por el gobierno nacional o departamental en como acercarse a las comunidades o como escalar a nivel nacional los proyectos estas desarrollan en determinados territorios o sectores.

Otras razones que son identificadas en el texto de la Fundación DIS y Fundación Promigas y valoramos desde la AFE, es la transferencia desde la empresa a la fundación de sus capacidades, conocimientos y experiencia que potencializan la operación de los proyectos. Adicionalmente, el referido estudio señala que las fundaciones empresariales ejecutan directamente sus iniciativas para asegurar la sostenibilidad financiera de los programas y proyectos, logrando que recursos públicos y privados apalancados en sus iniciativas sean bien administrados. Finalmente, el estudio observa que las empresas pueden considerar que su fundación puede perder peso en temas de reputación si

simplemente es delegataria de sus proyectos a terceros operadores perdiendo a su vez, a nuestro juicio un vínculo con la comunidad<sup>9</sup>.

El hecho que predomine la tendencia por operar no significa que las fundaciones empresariales prefieran ejecutar y trabajar solas. Estas organizaciones han progresado hacia un pensamiento donde entienden la importancia y el mayor impacto que genera el trabajo colectivo.

En Colombia, las fundaciones asociadas a la AFE son conscientes de la importancia del trabajo articulado y el diálogo entre ellas y otros actores, razón por la cual desde la AFE le apostamos a CONECTAR como uno de nuestros tres ejes estratégicos.

Como ejemplo reciente de esta articulación inter-sectorial, es el primer Bono de Impacto Social en Colombia; iniciativa innovadora de la Fundación Corona, Mario Santo Domingo y Bolívar Davivienda en conjunto con el Departamento de Prosperidad Social, BID-Fomin y la Cooperación Económica Suiza. A través de este proyecto se «pagará por éxito al obtener resultados de empleabilidad de población vulnerable, por medio de alianzas de financiación con el sector privado y cooperación internacional»<sup>10</sup>. Este tipo de proyectos demuestran que cada vez más existe una disposición de las fundaciones empresariales, de ejecutar sus proyectos, pero al mismo tiempo ejecutarlos en alianza no solo entre ellas sino con otros actores relevantes.

Así mismo, esta nueva dinámica de las fundaciones demuestra la capacidad que tienen las fundaciones que además de operar pueden apalancar recursos que se complementan con los de otros actores y que permiten potencializar acciones colectivas dirigidas a las causas sociales más apremiantes.

## **II. La Plataforma Estratégica de Proyectos**

La AFE, con el mismo interés de conectar y de la relevancia de los datos como una herramienta al servicio de la transparencia, la importancia de la rendición de cuentas, la gestión de proyectos y visibilizar el trabajo, desarrolló en 2010 la Plataforma Estratégica de Proyectos, más conocida como Mapa AFE<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> FUNDACIÓN DIS y FUNDACIÓN PROMIGAS, *Las Fundaciones Empresariales en Colombia: Una Mirada a su Estructura y Dinámicas*, 2012, 47–48.

<sup>10</sup> DEPARTAMENTO DE PROSPERIDAD SOCIAL, *Bono de Impacto Social que pagará por éxito en empleabilidad de población vulnerable, se lanzó hoy*, 2017.

<sup>11</sup> El link para esta página web es: [mapa.afecolombia.org](http://mapa.afecolombia.org).

Este Mapa ha evolucionado de tal manera que hoy día se posiciona como un referente en la consolidación de información georreferenciada de proyectos sociales en Colombia y en otros países que se han interesado por conocer más de la misma, incluso replicarlo como sucedió en Argentina con el impulso del Grupo de Fundaciones y Empresas de Argentina —GDFE—.

El Mapa AFE es una herramienta en línea que fortalece la gestión de conocimiento y nuestro compromiso con la promoción de la transparencia, la articulación, la interlocución proactiva con entes del estado, potencializando la comunicación y adecuada divulgación de las Fundaciones AFE y de cada uno de sus proyectos.

Hoy día, el Mapa AFE reúne información consolidada de más de 1.500 proyectos en ejecución y finalizados de nuestras asociadas permitiendo una identificación oportuna de la inversión social privada en Colombia, las poblaciones atendidas, los recursos invertidos, los aliados e incluso, a partir del año 2016 los Objetivos de Desarrollo Sostenible —ODS— en los cuales las Fundaciones enfocan su trabajo y cada una de sus iniciativas y este año 2017, se realizó el desarrollo de las 169 metas que se trazan los 17 ODS.

Este Mapa, además, ofrece la posibilidad de ser personalizado por cada fundación asociada en sus páginas web con la opción de que puede adicionar sus propios indicadores de gestión y monitoreo. El Mapa AFE también se convierte en una plataforma que alimenta otros mapas, como ocurre con el Mapa Social que lidera el Gobierno Nacional.

A partir de esta herramienta se impulsa y fortalece por parte de la Asociación la posibilidad de conectar y visibilizar el esfuerzo colectivo, que es el capítulo del cual nos ocuparemos a continuación.

### **III. La importancia del trabajo colectivo y articulado**

Es evidente que los complejos problemas que enfrentan nuestras sociedades no pueden ser solucionados por un solo actor, ni siquiera el poder que puedan tener los gobiernos. Es por ello que desde la AFE ratificamos cada vez más la importancia de conectar con entidades gubernamentales, el sector privado y otros actores de la sociedad civil, pero sobre todo conectar a las fundaciones pares entre sí.

Si bien pareciera contrario a la realidad el impulsar la conexión entre pares, no lo es. Precisamente, el *Stanford Social Innovation Review* ha destacado en sus últimas ediciones una serie de artículos académicos dirigidos a evidenciar la dificultad de las alianzas entre organizaciones sin ánimo de lucro.

Es así como Jacob Harold, Presidente de GuideStar en su artículo del 26 de mayo de 2017, destaca como, a pesar del proverbio africano que reza «si quieres ir rápido ve solo, pero si quieres ir lejos ve acompañado», no es tan fácil ponerlo en práctica en las organizaciones sin ánimo de lucro que suelen trabajar en silos<sup>12</sup>.

Así mismo, Phil Buchanan, Presidente del Centro para la Filantropía Efectiva señala en su artículo publicado el pasado 3 de mayo, «*Barreras para la colaboración entre donantes y su voluntad para superarlas*», que la colaboración entre fundaciones no es suficiente y cuando esta se dan no son tan efectivas. Esto se debe en gran medida, a juicio de Buchanan, a que las fundaciones han sido dirigidas a desarrollar iniciativas únicas basadas en la diferenciación. Esto incluso llevado al deseo de posicionar la «marca» de la fundación y al ego, donde la mentalidad lleva a los directores ejecutivos de las fundaciones a decir «yo quiero que colabores conmigo, pero yo no quiero colaborar contigo»<sup>13</sup>.

Bajo esa mirada crítica de la colaboración entre fundaciones, Buchanan reitera un principio claro para la efectividad de las alianzas: la colaboración toma tiempo y requiere paciencia y, adicionalmente, los directores de las fundaciones deben reevaluar su esquema de ejercer el liderazgo buscando controlar y comandar la alianza<sup>14</sup>.

En Colombia hemos avanzado en alianzas y quizás valga la pena resaltar dos que han brindado pautas importantes para fomentar nuevas colaboraciones.

Por una parte, el proyecto liderado por la Fundación Semana en El Salado<sup>15</sup>, en la región de Montes de María, que fue profundamente afectada por el conflicto en Colombia. En este proyecto que inició hace más de 8 años, la Fundación Semana decidió actuar como canalizadora y coordinadora de recursos e iniciativas de distintos actores para impulsar el desarrollo de la región. En este tiempo se ha trabajado en infraestructura social, en temas de educación, salud y reactivación económica. El logro más grande de este trabajo ha sido el crear y fortalecer el tejido social en los habitantes de la región,

---

<sup>12</sup> HAROLD, J., «The Collaboration Game: solving the puzzle of nonprofit partnerships», *Stanford Social Innovation Review*, 26 de abril de 2017.

<sup>13</sup> BUCHANAN, P. «Barriers to funder collaboration and the will to overcome them», *Stanford Social Innovation Review*, 3 de mayo de 2017.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Villa del Rosario-El Salado es un corregimiento del departamento de Bolívar, el cual entre el 16 y 19 de febrero del 2000, fue víctima de una masacre llevada a cabo por las Autodefensas Unidas de Colombia que dejó más de 100 muertos y miles de desplazados.

el fomento de líderes jóvenes y los programas de cultura, esto ha generado que un gran número de desplazados que habían huido de la región volvieran a ella.

Entre los aliados de esta iniciativa, quienes han aportado de distintas maneras al proyecto, se encuentran empresas del sector privado y más de nueve Fundaciones AFE que han contribuido en temas de fortalecimiento a programas de primera infancia, trabajo en salud y adulto mayor, voluntariado y construcción de vivienda, el sector público como la Unidad de Víctimas quien apoya los procesos de reparación en la región. También han hecho parte otros sectores como la academia y organizaciones internacionales. Este proyecto es una muestra del impacto tan grande que tiene el trabajo colectivo, especialmente en las zonas de conflicto, donde se ha logrado re-generar el tejido social y ha generado confianza en quienes habían huido por la guerra para volver a las tierras que habían abandonado tiempo atrás.

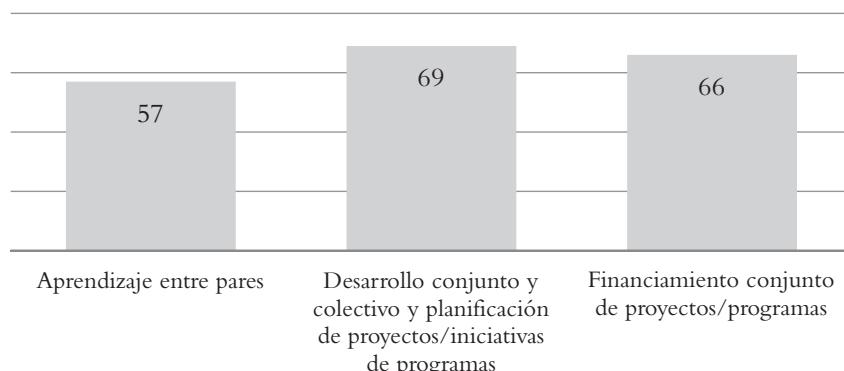
Por otra parte, la estrategia para la atención integral a la primera infancia, llamada «De Cero a Siempre», es otro ejemplo reciente y vigente donde sector público y social han venido trabajando desde hace más de 8 años con una apuesta de país que supera los intereses particulares y los logos o apellidos de los actores, permitiendo que en diciembre de 2016 esta iniciativa gubernamental se convirtiera en Ley de la República.

Sin duda, este proceso de elevar a Ley de la República fue el resultado de un trabajo mancomunado, bajo el liderazgo de la Presidencia de la República, en especial el Despacho de la Primera Dama, con el apoyo decidido de 23 fundaciones asociadas a la AFE y otras entidades de la sociedad civil y empresas privadas<sup>16</sup>, quienes de manera consciente le han apostado a este sector de la población.

Estos son solo dos ejemplos, pero que llevan a reflexionar que si bien se ha avanzado en la colaboración entre fundaciones pares aun falta mucho por recorrer.

<sup>16</sup> Las siguientes Fundaciones AFE hicieron parte de este esfuerzo: Fundación Propal, Fundación Exito, Fundación AEIOTU, Fundación Corbanacol, Fundación Génesis para la Niñez, Fundación Alpina, Fundación Mario Santo Domingo, Fundación Compartir, Fundación Carvajal, Fundación Antonio Restrepo Barco, Fundación Dividendo por Colombia, Fundación Corona, Fundación Bancolombia, Fundación Saldarriaga Concha, Fundación Semana, Fundación Fraternidad Medellín, Fundación Mayagüez, Fundación John Ramírez Moreno, Fundación Smurfit Kappa Colombia, Fundación Telefónica, Proantioquia, Fundación Promigas y Fundación Luker.

**¿De qué formas han colaborado las Fundaciones AFE  
con otras fundaciones o entidades filantrópicas?**



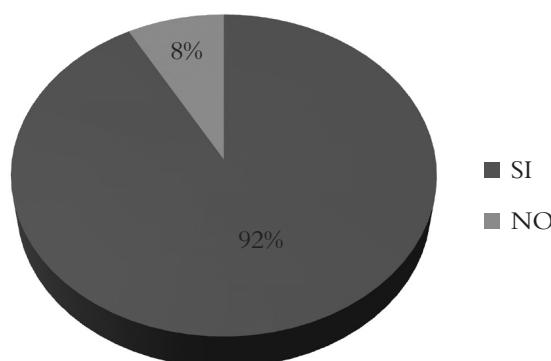
Fuente: Censo Fundaciones AFE 2017.

#### **IV. Trabajo en alianza con el gobierno**

El ejemplo anterior, en relación con la política «De Cero a Siempre», es quizás la muestra vigente más importante del trabajo colaborativo entre el gobierno y las fundaciones. Sin embargo, existen otros casos donde se evidencia ese trabajo mancomunado entre sector público y las fundaciones.

Como se observa en el siguiente gráfico el trabajo en alianza con el gobierno tiene bastante importancia para las fundaciones asociadas a la AFE. En él se resalta que más del 90% de las fundaciones asociadas a la AFE trabajan con algún actor dentro del gobierno nacional.

**¿Su Fundación AFE trabaja con el gobierno?**



Fuente: Censo Fundaciones AFE 2017.

La razón de las alianzas, que debe ir más allá del apalancamiento de recursos, es ofrecer la posibilidad de poner al servicio de la sociedad proyectos que puedan escalarse y replicar. Con ello se brinda la posibilidad a que un sector más amplio de la comunidad se beneficie de los programas sociales impulsandos con el profesionalismo de las Fundaciones AFE que ponen al servicio del Estado su conocimiento, experiencia y capacidad de trabajar en los territorios con las comunidades.

Como lo señala la «Guía para la Contratación con entidades privadas son ánimo de lucro y de reconocida idoneidad» que expidió la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente— en el mes de mayo de 2016, «el sector sin ánimo de lucro tiene ventajas comparativas para atender una comunidad, (donde) las Entidades Estatales pueden cumplir sus fines incrementando el valor por dinero. Esto se debe a que las Entidades Estatales utilizan sus recursos presupuestales para apoyar ese tipo de entidades en vez de realizar por sí mismo las labores en las cuales las entidades sin ánimo de lucro han demostrado su eficacia y eficiencia».

La modalidad de alianza público-privada, que ha adquirido mucha importancia en toda Latinoamérica, es también un marco donde el sector fundacional puede aportar al desarrollo del país en distintas áreas. Este tipo de alianzas genera un sentido de corresponsabilidad y valor compartido entre sector público y privado a los desafíos sociales que enfrenta el país, fomentando la apropiación del trabajo inter-sectorial en ambos sectores como una herramienta efectiva ante los desafíos sociales. De acuerdo con el Ministerio de Educación de Colombia, el sector privado:

«Otorga a las alianzas con el sector público atributos como el uso y transferencia de nuevas tecnologías, conocimiento técnico, innovación, infraestructura y eficacia en la inversión para el logro de objetivos. Adicionalmente, aporta recursos financieros que se destinan, entre otros, al desarrollo de experiencias de innovación compartida, donde el ejercicio de la corresponsabilidad implica la inclusión real de todos los actores estratégicos»<sup>17</sup>.

El objetivo de las alianzas público-privadas se basa, entonces, en combinar los mejor de los dos sectores para potencializar los recursos dispuestos por parte de cada uno. Las fundaciones empresariales, como un actor del sector privado, en este tipo de alianzas se ha enfocado principalmente en construir alianzas con el sector público alrededor de temas como la educación, generación de capacidades e infraestructura comunitaria.

---

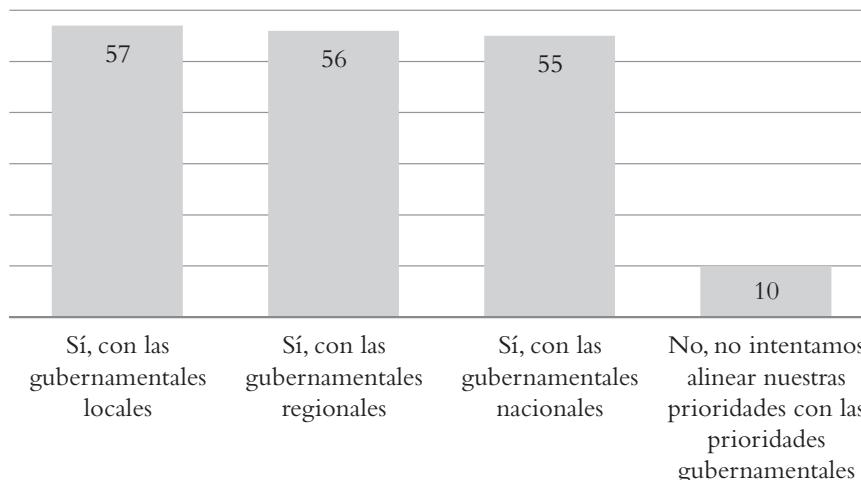
<sup>17</sup> MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, *Modelo de Alianzas Público Privadas*, 2014, p. 16.

## V. Trabajo con gobiernos locales

Sin duda el trabajo con los gobiernos locales es de la mayor relevancia, al facilitar el fortalecimiento de la institucionalidad de gobiernos locales que bajo las condiciones políticas, sociales y económicas sus acciones no logran tener el impacto que si es posible tener con aliados y entre ellos con fundaciones empresariales y familiares cercanas al territorio que cuentan con la confianza de las comunidades y que están en posibilidad de poner al servicio de los gobiernos sus conocimientos, experiencia y capacidad de permanecer en el tiempo con una visión de corresponsabilidad y largo plazo, siendo así socios idóneos para impulsar transformaciones sociales en el territorio.

Es así como cada vez más, con el ánimo de lograr un impacto superior en la agenda de las fundaciones en Colombia es que, como se puede ver en el siguiente gráfico, hay la intención de alinearse con la agenda pública en los distintos niveles gubernamentales.

¿Intenta su Fundación AFE alinear sus prioridades con las prioridades gubernamentales?



Fuente: Censo Fundaciones AFE 2017.

Desde la AFE, como colectivo se ha impulsado acercamientos con gobiernos locales, es por esto que desde 2009 se lleva a cabo una misión regional anual en diferentes lugares del país, en especial en territorios donde se

observa que se puede impulsar una mayor colaboración, con la participación de las fundaciones como un espacio de encuentro y diálogo con las autoridades locales, las comunidades y beneficiarios de los proyectos para conocer otras realidades sociales.

Ejemplo de ello, es la misión regional en 2016 a Córdoba, un departamento donde su población fue víctima de la violencia guerrillera y paramilitar. Durante esta visita, como ha sido común en las otras anteriores, las fundaciones tienen la oportunidad de compartir e intercambiar ideas en el territorio con las más altos representantes de las instancias públicas con el propósito de identificar como colectivo los desafíos que se deben asumir de manera articulada para lograr transformaciones sociales. En 2017 el reto está en Buenaventura, el puerto más importante del país, pero también un territorio con inmensos desafíos en materia social, económica y política.

## **VI. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible como una oportunidad para fortalecer la acción de las Fundaciones y la colaboración**

Además de ser importante la alineación con los gobiernos locales, desde la Asociación de Fundaciones Empresariales hemos entendido la importancia de superar los intereses puntuales de los gobernantes y apostarle a una agenda de desarrollo global como la que aportan los Objetivos de Desarrollo Sostenible —ODS—.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible —ODS—, son la agenda de desarrollo global que precedió a los Objetivos del Milenio. Esta agenda se compone de 17 objetivos con una mirada de desarrollo hacia el 2030. Los ODS han tenido un especial tratamiento en Colombia, puesto que el país tuvo un rol de líder en la creación de esta agenda de desarrollo participando en el foro político de alto nivel en desarrollo sostenible. A partir de su participación en estos ámbitos, el gobierno colombiano se preparó con anterioridad para alinear a la institucionalidad y las políticas públicas alrededor de los elementos esenciales para trabajar por los ODS, e invitando a los actores primordiales a articularse para alcanzar las metas y objetivos señalados por la Agenda 2030.

Para esto, el Presidente Juan Manuel Santos creó «la Comisión de Alto Nivel para el Alistamiento y Efectiva Implementación de la Agenda 2030 y sus ODS —Comisión ODS—, una institucionalidad única en el país que establece la participación, a todos los niveles, de los sectores y grupos de interés en cinco grupos de trabajo diferentes» (ONU, 2016).

Los ODS adquieren mayor importancia dada la coyuntura nacional en la que se ha firmado el acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-FARC.

Como lo señala el estudio que realizó la AFE con el apoyo de la Plataforma de Filantropía para los ODS «Paz y Desarrollo Sostenible de Colombia: El papel de la filantropía en la construcción de un futuro compartido», lanzado en mayo de 2016 «la agenda global de SDG coincide con los esfuerzos de Colombia para lograr la paz y convertirla en un pilar central de su agenda de desarrollo». En efecto, el Plan Nacional de Desarrollo de Colombia para la administración pública 2014-2018 se titula a partir de sus tres pilares fundamentales: «Paz, equidad y educación». Además de los tres pilares fundamentales, el Plan de Desarrollo consta de seis (6) estrategias transversales, como se muestra en el siguiente diagrama:

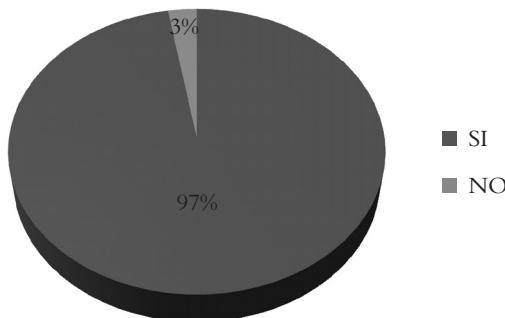
Plan Nacional de Desarrollo: tres pilares y seis estrategias transversales



Fuente: Departamento Nacional de Planeación.

A partir de la relevancia de los ODS, la AFE ha adoptado esta agenda como marco para entender el desarrollo sostenible, de hecho, participa como socio principal en Colombia de la Plataforma de Filantropía para los ODS, una iniciativa liderada por Progama de las Naciones Unidas para el Desarrollo —PNUD—, y financiada por grandes fundaciones como Ford, Hilton, MasterCard y Rockefeller Philanthropy Advisors, y funciona para tender puentes entre organizaciones filantrópicas, alinear y visibilizar las prácticas de las organizaciones filantrópicas alrededor de los ODS y generar conocimiento para la filantropía acerca de la importancia de adoptar los ODS. En esta plataforma AFE realiza constantes historias de caso acerca de cómo el trabajo de las fundaciones asociadas se alinea con la Agenda 2030, también realizó un estudio sobre como la filantropía puede aportarle a la construcción de paz en el marco del ODS 16.

### ¿Su Fundación AFE alinea su estrategia con los ODS?

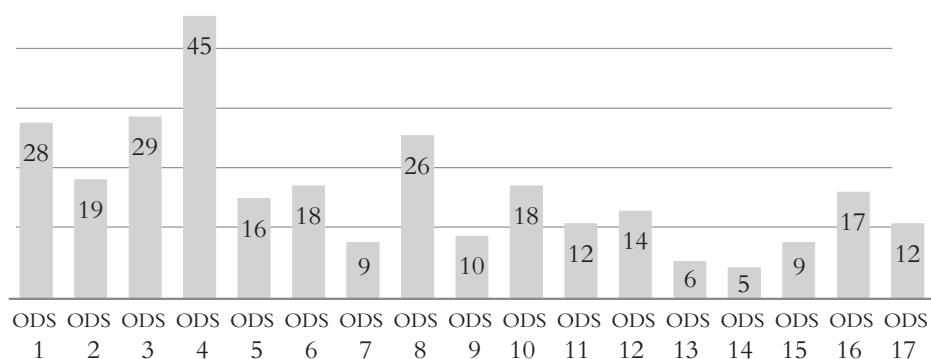


Fuente: Censo Fundaciones AFE 2017.

Los ODS son una agenda que promulga que no se debe dejar a nadie atrás, también menciona que todos los actores deben trabajar en ella, y finalmente, expresa que todos los ODS están interrelacionados.

La AFE y sus fundaciones asociadas han entendido que la paz es multidimensional pues va más allá de la ausencia de la violencia por esto entiende que no es necesario usar la palabra «paz» para construirla. En su reporte de paz y filantropía, se muestra como los acuerdos de paz y las necesidades en construcción de paz requiere que se trabaje en equidad de género, mejorar la infraestructura comunitaria, generar educación de calidad, fomentar la empleabilidad, el emprendimiento y la inclusión financiera y cerrar las brechas de desigualdad profunda que existe en el país, en todas estas actividades, que son parte de la agenda 2030, trabajan las fundaciones empresariales AFE.

### Objetivos de desarrollo sostenible en los que trabajan las Fundaciones AFE



Fuente: Censo Fundaciones AFE 2017.

Los ODS ha sido una agenda que ha adaptado la AFE como un marco para que desde las fundaciones se hable un mismo lenguaje de desarrollo lo que consecuentemente se traduce en mejores relaciones inter-institucionales generando mayor impacto colectivo.

Si bien la agenda 2030 ha comenzado a tener un efecto positivo en Colombia, y desde la AFE hemos comprendido que la paz debe ser incluida como un objetivo para el desarrollo, como la misma Agenda lo señala, entendemos que aun quedan inmensos retos por cumplir y entre ellos el más importante es iniciar a incorporar los ODS de manera transversal en las iniciativas que se impulsen en la filantropía y actuando con una mirada integral y colectiva entendiendo como los mismos ODS lo plantean que el desarrollo requiere la interacción de varios factores que se relacionen y sumen entre si.

## VII. El proyecto colectivo de las Fundaciones AFE en Antioquia

Los elementos que hemos expuesto en este escrito, como la necesidad de fortalecer la articulación entre pares y entre estos con otros actores públicos, privados y sociales; trabajar con una mirada que permita impulsar las políticas públicas, así como comprender e incorporar la agenda de desarrollo que ofrecen los ODS, incorporándolos como un marco para impulsar transformaciones sociales, son nuestro marco de referencia desde la Asociación.

De esta forma y como ejemplo concreto de la puesta en práctica de estos elementos, vale la pena mencionar el proyecto colectivo que la AFE con 16 de sus fundaciones asociadas viene promoviendo de manera decidida en dos territorios testigos de la inmensa inequidad, violencia, pobreza y debilidad institucional, pero también con una capacidad de resiliencia de sus comunidades.

En septiembre de 2016, un grupo de fundaciones suscribieron el acuerdo para iniciar la fase de diagnóstico del proyecto «Aprendiendo Juntos a Trabajar Juntos». Durante la fase de diagnóstico, 12 fundaciones se pusieron de acuerdo en trabajar a partir de la priorización de los intereses de las comunidades para dar una atención a las mismas. Esta iniciativa apostó por la visión de región y por arriesgar una mirada que respondiera a los intereses de país, superando las apuestas particulares de cada fundación.

Como su nombre lo indica, las fundaciones reconocieron que si bien sabían trabajar en alianzas bilaterales y quizás con un par de actores más, no

era tan fácil trazarse una agenda colectiva que superara los intereses particulares y apuestas individuales de sus fundaciones.

La primera fase del proyecto colectivo permitió «visibilizar esos objetivos comunes que cada Fundación realiza en su área de influencia, para construir una agenda común de intervención que aporte al desarrollo social de Antioquia y del país, en concordancia con las políticas de paz y convivencia que en los actuales momentos ocupa la agenda nacional»<sup>18</sup>. Lo mencionado se refiere a como las fundaciones participantes tuvieron la voluntad de ir más allá de su foco geográfico y temático, algo que ha sido muy difícil de lograr en el contexto colombiano de la filantropía.

Esto es un símbolo de cómo el proyecto colectivo brinda una mirada donde se entiende que la comunidad no necesita un proyecto específico sino la apuesta desde la AFE y sus Fundaciones por impulsar transformaciones sociales<sup>19</sup>.

El proyecto, si bien está en su fase de inicio de la implementación, ha tenido un impacto bastante positivo en la etapa de diagnóstico, logrando que una serie de actores se hayan sumado para innovar y arriesgar por el desarrollo de su región, comprendiendo la importancia que tiene el desarrollo de toda la región, dejando atrás una mirada restrictiva al progreso de ella.

Estamos conscientes que la fase de planeación y diagnóstico que llevamos recorrido es solo el inicio, pero sin duda un gran comienzo de cambio de realidades y formas de trabajo. El reto continúa y está en la implementación y en continuar con ese ánimo decidido e trabajar en colectivo con una apuesta de territorio y participación conjunta de fundaciones, gobiernos locales y en especial de las comunidades como gestoras de su propio desarrollo.

### VIII. Los retos hacia el futuro como sector

Como lo hemos señalado a lo largo del escrito, las fundaciones empresariales en Colombia son cada día más sólidas en su trabajo y son identificadas como un actor fundamental en el desarrollo del país, pero sin duda, como actores de desarrollo siempre tendrán desafíos que deben enfrentar para crecer aún más en su impacto al progreso social del país.

<sup>18</sup> MARÍN, J., *Sistematización de la experiencia del «proyecto colectivo» de la Asociación de Fundaciones Empresariales (AFE) capítulo Antioquia*, 2017.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

Como hemos destacado en este escrito, no hay duda del rol que las fundaciones empresariales han jugado en la filantropía colombiana, pero sin duda, el gran desafío que existe es continuar fortaleciendo sus capacidades de trabajo colectivo entre ellas y con otros actores para apostarle de manera más efectiva a los desafíos de la Agenda 2030.

Si bien el trabajo colectivo ha empezado a tener grandes resultados como lo ha mostrado este escrito, las fundaciones empresariales deben analizar con una mirada crítica los casos de alianzas y trabajo conjunto que no han tenido buenos resultados, con el objetivo de entender que se debe cambiar o mejorar para lograr mayores resultados positivos.

Las alianzas deben comprenderse como una oportunidad de ceder y renunciar, en ocasiones, para lograr esas sumas colectivas. Adicionalmente, sin perjuicio del foco que pueda tener una fundación, sea geográfico o temático, las fundaciones deben ser conscientes que los problemas sociales requieren acciones que permitan atender a las comunidades de manera integral.

Es evidente que las alianzas y los proyectos colectivos no surgen por una orden judicial o legal. Los proyectos colectivos requieren paciencia y tiempo. Adicionalmente, para garantizar el éxito de una alianza, es fundamental crear espacios que generen confianza, donde se pueda compartir y discutir abiertamente alrededor de los retos y las herramientas que tiene la filantropía para enfrentarlos, respetando opiniones y generando ideas innovadoras que trasciendan fronteras de pensamiento.

Estos espacios, deben ofrecer la oportunidad para que las fundaciones se hagan preguntas ácidas sobre su trabajo y sus intervenciones y a partir de estas reflexiones reinventarse y repensar su estrategia de desarrollo. Quizás, como lo señala el proverbio africano, será más rápido ir más solo, pero el impacto en las comunidades será más efectivo si distintos actores de la sociedad complementan sus acciones.

Debido a los cambios que ha experimentado Colombia, en especial con el acuerdo de paz con las FARC, se han abierto una serie de oportunidades, que las fundaciones como actores en el territorio no deben dejar pasar.

Si bien, como se ha mencionado en este texto, las Fundaciones AFE han venido trabajando en temas de construcción de paz desde hace mucho tiempo, apostándole a cambios en el territorio, fortaleciendo las capacidades de las comunidades y los gobiernos locales, la oportunidad que tienen en este momento donde existe una esperanza al cambio y la voluntad de varios sectores de la sociedad es única.

La apuesta por una Colombia en paz demanda un rol protagonista de las fundaciones empresariales y familiares como catalizadores, articuladores, con la capacidad de innovar e impulsar cambios sociales radicales.

Las fundaciones empresariales deben ratificar que están para servir a la sociedad poniendo a disposición sus principales activos, representandos especialmente en la comprensión de la realidad, compromiso de largo plazo, capacidad de arriesgar, de acercar e interactuar distintos actores de la sociedad. Las fundaciones son la expresión de confianza y cambio y por tanto los impulsores de ese cambio que hoy demanda nuestra sociedad para alcanzar mayores condiciones de equidad.

*Este escrito contó con la colaboración de: Juan David Ferreira Vargas, Consultor Plataforma de Filantropía ODS para AFE Colombia; María Alejandra Ronderos, Coordinadora de Membresía de AFE y Erika Marcucci, Coordinadora de Gestión de Conocimiento de la AFE.*

## Bibliografía

- ASOCIACIÓN DE FUNDACIONES EMPRESARIALES, «Peace and Sustainable Development in Colombia», 2017. Disponible en: <https://gallery.mailchimp.com/fb9fdd8a176f2f16e4-86b877d/files/52a6405a-a92f-492b-b96d-dbcaeb4ed057/PeaceAFE519mayfinal.pdf>.
- VILLAR, R., «Recursos privados para la transformación social: filantropía e inversión social privada online en America Latina Hoy», 2017. Disponible en: [http://afecolombia.org/Portals/0/Publicaciones/13\\_Desarrollo/Recursos%20privados%20deff.pdf](http://afecolombia.org/Portals/0/Publicaciones/13_Desarrollo/Recursos%20privados%20deff.pdf).
- BUCHANAN, P., «Barriers to funder collaboration and the will to overcome them», *Stanford Social Innovation Review*, 2017. Disponible en: [https://ssir.org/articles/entry/barriers\\_to\\_funder\\_collaboration\\_and\\_the\\_will\\_to\\_overcome\\_them](https://ssir.org/articles/entry/barriers_to_funder_collaboration_and_the_will_to_overcome_them).
- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, «Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», 2017. Disponible en: <http://ccputumayo.org.co/site/wp-content/uploads/2017/05/guiacontratacionentidadesprivadasenanimodelucion-17.pdf>.
- DEPARTAMENTO DE PROSPERIDAD SOCIAL, «Bono de Impacto Social que pagará por éxito en empleabilidad de población vulnerable, se lanzó hoy», 2017. Disponible en: <http://www.dps.gov.co/inf/not/Paginas/Bono-de-Impacto-Social-que-pagar%C3%A1-1-por-%C3%A9xito-en-empleabilidad-de-poblaci%C3%B3n-vulnerable,-se-lanza%C3%BC-hoy.aspx>.
- FUNDACIÓN PROMIGAS Y FUNDACIÓN DIS, «Las Fundaciones Empresariales en Colombia: Una mirada a su estructura y dinámica», 2012. Disponible en: [http://afecolombia.org/Portals/0/Publicaciones/7\\_RSE/16352.pdf](http://afecolombia.org/Portals/0/Publicaciones/7_RSE/16352.pdf).

- HAROLD, J., «The Collaboration Game: solving the puzzle of nonprofit partnerships», *Stanford Social Innovation Review*, 2017. Disponible en: [https://ssir.org/articles/entry/the\\_collaboration\\_game\\_solving\\_the\\_puzzle\\_of\\_nonprofit\\_partnership](https://ssir.org/articles/entry/the_collaboration_game_solving_the_puzzle_of_nonprofit_partnership).
- MARIN, J., «Sistematización de la experiencia del «proyecto colectivo» de la Asociación de Fundaciones Empresariales (AFE) capítulo Antioquia», 2017.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, «Modelo de Alianzas Público Privadas», 2014. Disponible en: [http://redes.colombiaaprende.edu.co/ntg/men/pdf/modelo\\_alianza\\_publico\\_privada.pdf](http://redes.colombiaaprende.edu.co/ntg/men/pdf/modelo_alianza_publico_privada.pdf).
- ROJAS, C. y MORALES, G., «Contribuciones Privadas a La Esfera Pública: Las Fundaciones Empresariales en Colombia», en SANBORN, C. y PORTOCARRERO, F., *Filantropía y Cambio Social en Latinoamérica*, 2005.



## **RESEÑA DE JURISPRUDENCIA**



# **Jurisprudencia sobre fundaciones**

*María Natalia Mato Pacín*

Doctora en Derecho

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. TRIBUNAL SUPREMO.—II. AUDIENCIA NACIONAL.—III. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.—IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES.—V. OTRAS RESOLUCIONES.—VI. ÍNDICE ANALÍTICO.

## **I. Tribunal Supremo**

[1] **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>), de 15 de junio de 2016. Ponente: D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.**

*Extinción de una fundación: no cabe identificar siempre la mera inactividad de una fundación con la imposibilidad de que se realice su fin fundacional. No es posible fijar una doctrina jurisprudencial sobre las circunstancias fácticas necesarias para entender que la inactividad pudiera ser un reflejo de la imposibilidad causante de extinción ex artículo 31.c) Ley 50/2002.*

HECHOS.—En 2011 el Protectorado de Fundaciones de la Generalitat Valenciana pide información a una fundación constituida en 2008 acerca de sus cuentas anuales, funcionamiento y cumplimiento de los fines fundacionales, dado que no existía ninguna constancia en este sentido desde su constitución. De la documentación presentada entiende el Protectorado que la fundación no ha tenido nunca actividad y constata la ausencia de la dotación fundacional como consecuencia de diversas transferencias bancarias entre la fundación y ciertas entidades mercantiles. Interpone entonces el Protectorado demanda de extinción de la fundación en virtud del artículo 31.c) Ley 50/2002, demanda que es desestimada en primera instancia, al presentar la fundación certificación de una nueva cuenta bancaria en la que consta el mismo saldo de la dotación inicial. Entiende el órgano jurisdiccional que la causa de extinción prevista en la Ley de Fundaciones no es la inactividad sino la imposibilidad de cumplimiento de los fines, situación que no concurre.

Interpone el Protectorado recurso ante la Audiencia Provincial, recurso que es estimado pues se entiende probada una total inactividad, solo interrumpida cuando ya se ha iniciado el expediente para la extinción, así como una ausen-

cia temporal de fondos hasta que son repuestos sin mayor explicación en una nueva cuenta.

Contra esta sentencia interpone la fundación recurso de casación por razón de interés casacional alegando infracción del artículo 31.c) Ley 50/2002 y la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a la equiparación entre inactividad de una fundación y concurrencia de causa de extinción por imposibilidad de cumplimiento del fin fundacional. El recurso de casación es desestimado por el Tribunal Supremo.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—Con seguridad no cabe identificar la mera inactividad de una fundación con la imposibilidad de que realice su fin fundacional. Y dicha imposibilidad existirá sin duda cuando ese fin haya devenido inconstitucional, ilegal o contrario al bien común, o cuando la fundación haya perdido total y definitivamente su patrimonio. Sentado esto, no es posible fijar una doctrina juríprudencial que precise más las concretas circunstancias fácticas cuya concurrencia sería necesaria o suficiente para que la inactividad de la fundación pudiera o tuviera que considerarse un reflejo de la imposibilidad determinante de su extinción a tenor del artículo 31.c) de la Ley 50/2002, valoración que debe ser hecha por los tribunales de instancia en el caso concreto.

En este sentido y a la luz de los hechos probados del supuesto de hecho, el Tribunal Supremo no halla motivo bastante para corregir la valoración jurídica que la Audiencia hizo de los mismos y que acreditaban la existencia de la causa de extinción de la fundación por imposibilidad de realización de los fines fundacionales, pues parece claro que los patronos querían la fundación para otra finalidad distinta del fin fundacional.

**[2] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), de 10 de febrero de 2016. Ponente: D. José Manuel Maza Martín.**

*Responsabilidad del Secretario de una fundación: el mero conocimiento sin objeción de hechos delictivos del Presidente (con quien mediaba relación afectiva) no supone contribución a su comisión: desestimada participación a título de cómplice.*

**HECHOS.**—El Presidente de una fundación es condenado como autor de un delito continuado de apropiación indebida tras resultar probada la falta injustificada de dinero en la cuenta bancaria de la persona jurídica como consecuencia del uso de la tarjeta bancaria asociada por su parte y para su disfrute personal. Asimismo, es condenada en calidad de cómplice del mismo delito la Secretaría de la fundación, con la que mantenía el Presidente una relación afectiva, por no haber puesto objeción a dichos gastos ni tampoco en conocimiento de los demás miembros de la fundación.

En lo que aquí interesa, la Secretaría interpone recurso de casación entendiendo que no le es de aplicación a ella el artículo 252 Código Penal. El recurso es estimado.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—La referencia a la participación de la recurrente en la sentencia impugnada es la siguiente: «*Siendo todo conocido por la acusada [...] , sin que ésta, en su condición de Secretaria de la Fundación, pusiese objeción a ello, ni tampoco en conocimiento de los demás miembros de la misma*». Tan escueta descripción, al margen de las posibles dudas acerca de la existencia de obligación de denuncia por parte de quien se dice expresamente que mantenía una relación afectiva con el autor de los hechos, resulta insuficiente para atribuir a la recurrente ni siquiera una participación a título de cómplice en el delito. Pues el mero conocimiento de los hechos no supone contribución alguna a su comisión, en tanto que si lo que la Audiencia le atribuye es la participación mediante una comisión por omisión prevista en el artículo 11 Código Penal, semejante atribución de responsabilidad hubiere requerido una suficiente explicación, que en este caso es del todo inexistente, por parte del Tribunal *a quo* acerca de la obligada «posición de garante» que pudiere ostentar en relación con los actos realizados por el Presidente de la fundación, lo que, por otra parte, hubiera debido conducir, caso de existir tal obligación en los términos para ello, a una implicación propia de la autoría y no de la complicidad.

**[3] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), de 20 de junio de 2016. Ponente: D. Rafael Saraza Jimena.**

*Legitimación para la tutela post mortem de los derechos de la personalidad del fundador: la escritura de constitución de la fundación no puede ser considerada un testamento ni un codicilo a los efectos del artículo 4.1 LO 1/1982.*

**HECHOS.**—Salvador Dalí instituye heredero universal mediante testamento al Estado Español en 1982, otorgando en 1983 escritura pública de constitución de la Fundación Gala-Salvador Dalí con objeto, entre otros, de proteger y defender su obra artística, cultural e intelectual, bienes, derechos y memoria. El Ministerio de Cultura cede temporalmente a la Fundación el ejercicio de las facultades de administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual y de imagen, propiedad industrial, etc., derivados de la obra artística del autor. En este contexto, la Fundación interpone diversas acciones, entre ellas y en lo que aquí atañe, de protección del derecho a la imagen de Salvador Dalí, por su uso en una exposición con fines claramente comerciales. Solicita la persona jurídica sin fin de lucro un pronunciamiento declarativo de dicha intromisión ilegítima así como una condena con la correspondiente indemnización. Esta pretensión es desestimada en primera y segunda instancia, con lo que la Fundación interpone recurso de casación solicitando que se le reconociera legitimación activa para el ejercicio de la acción de tutela del derecho de imagen del artista fallecido. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—Si bien el artículo 4.1 LO 1/1982 permite que el testador designe en el testamento a quien pueda ostentar legitimación para la tutela *post mortem* de los derechos de la personalidad, no existe ninguna persona designada a tal concreto efecto en el testamento de Salvador Dalí. Tampoco puede

entenderse que la escritura de constitución de la Fundación sea el testamento exigido en el mencionado artículo ni un codicilio para completarlo en la medida en que no contiene disposiciones de última voluntad sino el negocio jurídico constitutivo de una persona jurídica de tipo fundacional. A todo esto se suma que lo pretendido por la Fundación no es la protección de la memoria del artista sino la explotación del contenido estrictamente patrimonial de su imagen.

## II. Audiencia Nacional

### [4] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), de 13 de octubre de 2016. Ponente: Dña. Alicia Sánchez Cordero.

*Actos del Patronato: las acciones contra su gestión deben ejercitarse ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio fundacional: jurisdicción civil competente.*

HECHOS.—Una asociación vinculada con una Caja Rural (sociedad cooperativa) interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Comisión del FROB que acuerda transmitir las aportaciones al capital social de la entidad. Entre los diversos motivos de la impugnación se alega que no se ha tenido en cuenta que se ha intervenido también la Fundación de la Caja Rural, completamente ajena a la actividad financiera, sin que haya sido valorado su patrimonio o determinado un plan de actuación y destino para el mismo según el procedimiento legalmente establecido, produciéndose un perjuicio para todos los beneficiarios de la persona jurídica sin fin de lucro. La Audiencia Nacional desestima el recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—En lo que a las irregularidades respecto de la valoración del patrimonio fundacional respecta, consta aportada la inscripción del nuevo Patronato en el Registro de Fundaciones así como la modificación estatutaria con la nueva denominación. Cualquier cuestión relativa a la gestión de dicha Fundación por el nuevo Patronato debe impugnarse ante la jurisdicción civil. Conforme al artículo 53 Ley 50/2002 —aplicable a la Comunidad de Castilla La Mancha al no haber legislado en esta materia, por aplicación del art. 150.3 CE— son impugnables en vía contencioso-administrativa los actos del Protectorado y la calificación del Registro de Fundaciones, mientras que el resto de actuaciones del Patronato deben ejercitarse ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio fundacional.

### [5] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), de 21 de septiembre de 2016. Ponente: D. Ignacio de la Cueva Aleu.

*Enajenación de bienes del patrimonio fundacional: los bienes que se adquieren con dinero de la dotación fundacional se integran en la misma y se someten a su régimen de disposición; los contratos entre la Fundación y los patronos requieren de autorización previa del Protectorado: autorización previa necesaria.*

**HECHOS.**—La Fundación Y.V. invirtió la mayor parte de su dotación fundacional en la adquisición de un bien inmueble con el fin de obtener ingresos de su alquiler. Con la caída del mercado inmobiliario decide su venta, venta que se formaliza con el Presidente de la Fundación como parte compradora, por un precio inferior al de tasación y sin autorización previa del Protectorado. Siendo requerida al respecto por el órgano de supervisión y control de la Administración, éste deniega la falta de subsanación de la ausencia de autorización previa para la enajenación del inmueble. La Fundación interpone recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, entendiendo que el inmueble no formaba parte de la dotación fundacional pues no se había aportado en este concepto, no se había afectado expresamente, no se constituyó en domicilio fundacional ni tampoco estuvo vinculado a los fines de la Fundación. Por otro lado, la autocontratación, se señala, no se efectuó en condiciones perjudiciales para la persona jurídica. El recurso es desestimado confirmándose la sentencia de instancia.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—Concurren en la enajenación dos causas por las que era necesaria la previa autorización del Protectorado.

Por un lado, por tener el inmueble carácter dotacional. En virtud del artículo 12 Ley 50/2002, forman parte de la dotación, entre otros, los bienes que se hicieron constar en la escritura fundacional. Por su parte, el artículo 16.a) Reglamento de fundaciones de competencia estatal, dispone que en caso de enajenación o gravamen de bienes y derechos de la dotación, se conservarán en ésta los bienes y derechos que vengan a sustituirlos y se integrará en ella la plusvalía que hubiera podido generarse. Así, y teniendo en cuenta que se invirtió en la adquisición del inmueble la mayor parte del dinero que constituyó la dotación dineraria inicial de la Fundación, no cabe duda de que el bien inmueble adquirido se integró en la dotación fundacional, debiendo someterse a los requisitos previstos en el ordenamiento para estos bienes.

Por otro lado, el adquirente del bien era un patrono de la Fundación. En este sentido, el artículo 28 Ley 50/2002 obliga también a recabar autorización previa al Protectorado, con la finalidad de comprobar que la contratación entre Fundación y patrono no encubre una remuneración y que la contraprestación resulta equilibrada.

El Protectorado actuó conforme al Ordenamiento Jurídico al iniciar un expediente de comprobación sobre la regularidad de los actos de enajenación (art. 21 Reglamento) y tampoco la denegación *a posteriori* de la autorización para la enajenación supuso ninguna vulneración, pues se razonó que no se había justificado suficientemente que el precio de la venta fuese conveniente para los intereses de la persona jurídica.

**[6] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 27 de mayo de 2016. Ponente: D. Manuel García Fernández-Lomana.**

*Deducciones practicadas por donativos a entidades sin fines de lucro: los requisitos formales establecidos en el Título II de la Ley 49/2002 son de esencial cumplimiento para que la fundación pueda beneficiarse del régimen fiscal favorable y proceda la aplicación del régimen de incentivos al mecenazgo.*

HECHOS.—La empresa P.L.Z.P. interpone recurso contencioso-administrativo contra una Resolución del TEAC relativa, entre otros motivos, a las deducciones practicadas por donativos a una fundación (siendo sus patronos y los consejeros de la entidad mercantil las mismas personas). El TEAC había considerado tales deducciones como no ajustadas a Derecho por no ser aplicable a la persona jurídica sin fin de lucro el régimen fiscal privilegiado en el Título II de la Ley 49/2002, dado el incumplimiento sistemático por la fundación de ciertos requisitos exigidos por esta normativa (no elaboración de planes de actuación ni de liquidación del presupuesto, no rendición de cuentas en plazo). La empresa demandante entiende que se trata de incumplimientos formales cumplidos con posterioridad. La Audiencia Nacional, sin embargo, desestima el recurso y confirma la Resolución impugnada.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.—En virtud del artículo 16 Ley 49/2002, si a la entidad a la que se realizan los donativos no le resulta de aplicación el régimen fiscal establecido en el Título II, no procede la aplicación del régimen de incentivos al mecenazgo. La Ley establece con una clara finalidad de control cuatro requisitos de naturaleza formal: la inscripción en el registro correspondiente, la llevanza de la contabilidad, la rendición de cuentas y la elaboración de una memoria económica. En primer lugar, el cumplimiento de las normas contables (en el caso de las fundaciones, también *ex artículo 25.1 Ley 50/2002*) permite un mecanismo de conocimiento de los datos económicos de la entidad dado el régimen especial con el que se ve favorecida y el hecho de que el Patronato no pueda delegar sus facultades en materia de aprobación del «plan de actuación» da cuenta de su relevancia (art. 16 Ley 50/2002). Por otra parte, mediante la rendición de las cuentas anuales se posibilita a la Administración la vigilancia y el control con el fin de que las fundaciones no se aparten de los fines primigenios para los cuales fueron constituidas. En cuanto a la elaboración de una memoria económica con carácter anual, se trata de un requisito esencial para conocer el grado de vinculación con las sociedades mercantiles en el caso de que tengan una cartera de acciones relevante.

Estos requisitos de naturaleza formal son, sin embargo, considerados como esenciales por el legislador de tal forma que su incumplimiento implica la pérdida automática del beneficio fiscal.

### III. Tribunales Superiores de Justicia

**[7] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 22 de septiembre de 2016. Ponente: Dña. Inmaculada Rodríguez Falcón.**

*Responsabilidad solidaria de una fundación por ocultación de bienes para impedir la actuación de la Administración tributaria: se designa titular de los bienes a la entidad que no tiene deudas.*

**HECHOS.**—La Administración tributaria acuerda derivar responsabilidad solidaria en virtud del artículo 42.2.a) Ley General Tributaria respecto de la Fundación A. por causar o colaborar en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la citada Administración. Resulta probado que la entidad mercantil A. 1969, S.L. entidad deudora de la Hacienda Pública, transmitió sus bienes a la Fundación A. sin que se produjera pago alguno, porque se subrogó en el pago A. Real State, también deudora de la Hacienda Pública (estando las tres entidades administradas y controladas por la misma persona). Se consideró esta operación como una donación encubierta ya que los bienes inmuebles permanecen bajo el mismo grupo empresarial pero se designa como titular de los inmuebles en el Registro de la Propiedad a la única entidad de las que participan en la operación que no tiene deudas.

La Fundación realiza una reclamación económica administrativa contra este acuerdo que es desestimada por el TEAR, del mismo modo que lo es el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al Tribunal Superior de Justicia.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—Según el Tribunal Supremo, los requisitos para derivar responsabilidad solidaria son la existencia de una deuda tributaria del obligado principal que se encuentre liquidada o autoliquidada en el momento de declaración de responsabilidad, por un lado, y ser el responsable causante o colaborador en la ocultación de bienes y derechos con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria, por otro. La interpretación de la Administración tributaria es correcta en la medida en que la Fundación, que carecía de deudas con la Hacienda Pública, tenía a su nombre una serie de inmuebles mientras que las restantes entidades del grupo se desafectan de los mismos, no habiéndose acreditado que la primera mercantil recibiera pago alguno derivado de la transmisión de sus bienes.

**[8] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), de 14 de septiembre de 2016. Ponente: D. Miguel Ángel Abarzuza Gil.**

*Renuncia de un patrono a su cargo: ausencia de acto expreso que apoye la renuncia así como de actos concluyentes, indubitados y de significación inequívoca que puedan ser reveladores de una voluntad tácita de renunciar a la condición de patrono: renuncia improcedente.*

**HECHOS.**—D. Juan Antonio constituye en 1998 una fundación nombrando como patronos, entre otros, a sí mismo (Presidente) y a tres de sus hijos, D. Pelayo, D. Claudio y Dña. Elisabeth. En 1999 el fundador emite un certificado suscrito únicamente por él y sin firma del Secretario, en el que expresa haberse aceptado por el Patronato la dimisión de su hijo D. Pelayo como patrono por motivos personales, certificado que es remitido al Registro de Fundaciones de Navarra. Pese a lo señalado en este documento, no hubo ninguna sesión de la Junta del Patronato ni actividad alguna de la fundación desde su constitución hasta 2011, una vez fallecido el fundador. En sesión de la fundación de octubre de 2011 se hace efectivo, entre otros, el cese por fallecimiento de D. Juan Antonio y el de D. Pelayo por dimisión, siendo nombrado D. Melchor Presidente de la persona jurídica sin fin de lucro. Unos días después se otorga escritura de aceptación y manifestación de herencia del fallecido, acto al que concurren D. Pelayo y D. Melchor, este último en representación de algunos herederos y de la fundación.

D. Pelayo sostiene su condición de patrono de la fundación y ejercita acción frente al Acuerdo de la fundación de 2011 al haber sido adoptado sin su presencia en el órgano de gobierno de la fundación. Esta demanda es estimada en primera instancia pero revocada por la Audiencia Provincial tras conocer del recurso de apelación interpuesto por la fundación. D. Pelayo interpone entonces recurso de casación foral, recurso que es estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—Si bien cabe la prestación de consentimiento de forma tácita e incluso deducida del silencio (ley 20 Fuero Nuevo de Navarra), la mera omisión o inercia del afectado no puede reputarse expresiva de su consentimiento o aquiescencia a la constitución, modificación o extinción de un derecho, siendo necesarios actos claros, concluyentes, indubitados y de significación inequívoca. En primer lugar, la ausencia de requisitos de índole formal del documento suscrito por D. Juan Antonio en 1999, la falta de constancia de haber tenido lugar dicha manifestación de exclusión así como la inexistencia de acuerdo alguno adoptado al respecto, que no tuvo lugar hasta 2011, conducen a concluir que no hubo ningún acto expreso que apoye la pretendida dimisión. Por otro lado, el solo transcurso del tiempo, unido a la práctica inactividad de la fundación, el haber compartido el presunto patrono que había dimitido domicilio con el fundador o el haber coincidido en el momento de la escritura de aceptación de herencia con D. Melchor, no tienen el carácter de actos claros, concluyentes y de significación inequívoca y, en consecuencia, no pueden constituir el soporte necesario para que el silencio sea revelador de una voluntad de exclusión del actor-recurrente de su condición de patrono de la fundación.

Por otro lado, computando desde finales del año 2011 (fecha de la primera reunión de la Junta del Patronato), tampoco puede calificarse como retraso desleal o contrario a la buena fe la tardanza en impugnar el acuerdo adoptado por la fundación.

Acuerdo cuya nulidad procede, por tanto, declarar por haber sido adoptado sin convocatoria y presencia de uno de los patronos de la entidad.

**[9] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 7 de julio de 2016. Ponente: D. José Luis Gómez Ruiz.**

*Impuesto sobre Actividades Económicas: están exentas de este impuesto las actividades exentas del Impuesto sobre Sociedades, bien por generar rentas exentas del artículo 6, bien por ser explotaciones económicas exentas en virtud del artículo 7: exención procedente.*

HECHOS.—La Fundación A.S.S. interpone recurso contencioso administrativo contra una Resolución del TEAR relativa a liquidación girada en concepto de Impuesto sobre Actividades Económicas. La Fundación sostiene que no debe tributar por la actividad de alquiler de locales que desarrolla pues dicha actividad lo es en cumplimiento de los fines estatutarios. El recurso es estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Tras una notoria ampliación de las exenciones en materia de Impuesto sobre Actividades Económicas respecto de la Ley 30/1994, en virtud del artículo 15.2 Ley 49/2002, las entidades sin fines lucrativos estarán exentas de este impuesto por las explotaciones económicas a que se refiere el artículo 7 del mismo texto legal. Este artículo, a su vez, prescribe que están exentas del Impuesto sobre Sociedades las rentas obtenidas por entidades sin fines lucrativos que procedan de las explotaciones económicas relacionadas en dicho artículo, siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica. Por su parte, el artículo 6 Ley 49/2002, incluye los alquileres como ejemplo de renta procedente del patrimonio inmobiliario exenta del Impuesto sobre Sociedades.

Por consiguiente, únicamente las actividades realizadas por la entidad consultante que se consideren exentas del Impuesto sobre Sociedades, bien por generar rentas exentas del artículo 6 Ley o bien por considerarse explotaciones económicas exentas en el artículo 7 del mismo texto legal, estarán, a su vez, exentas del Impuesto sobre Actividades Económicas, siempre que la entidad haya optado y no renunciado al régimen fiscal especial.

**[10] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.<sup>a</sup>), de 26 de mayo de 2016. Ponente: D. Rafael Botella García-Lastra.**

*Remuneración de los patronos: un patrono no puede percibir remuneración por realizar como Secretario funciones que, por su naturaleza, corresponden al Patronato aunque le hayan sido delegadas en los Estatutos; es necesaria autorización previa del Protectorado para que un patrono cobre por funciones distintas de las de su cargo.*

HECHOS.—La Fundación H.C. es requerida para el reintegro parcial de una subvención pública que había recibido previamente. El problema reside,

entre otros, en la justificación de una serie de facturas emitidas por D. Javier por el ejercicio de sus funciones como Secretario General de la Fundación (y teniendo en cuenta que éste actúa simultáneamente como patrono de la persona jurídica fundacional, como Secretario general de la misma y como su representante legal). La Fundación interpone recurso contra esta resolución que acuerda el reintegro parcial de la subvención y, siendo éste desestimado, interpone un nuevo recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entendiendo como subvencionables las cantidades y conceptos contenidos en las facturas cuestionadas. El Tribunal, sin embargo, desestima el recurso y confirma la resolución impugnada.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—El Secretario del Patronato, que podrá ser o no un patrono, es la persona encargada de la certificación de los acuerdos del Patronato, sin que la Ley de fundaciones le atribuya más funciones, si bien existe la posibilidad de que el Patronato delegue parte de las suyas. En el caso de la Fundación objeto de la resolución, la mayoría de las funciones previstas en los Estatutos no son propias del Secretario y son funciones que se encuadran en las propias del Patronato. En virtud del artículo 15.4 Ley 50/2002, el patrono no puede cobrar por realizar sus funciones y la única posibilidad que se contempla es una remuneración por el ejercicio de funciones distintas de las que les corresponden como miembro del Patronato. Sin embargo, no puede cobrar por realizar como Secretario funciones que, por su naturaleza, corresponden al Patronato, aunque hayan sido delegadas al Secretario en los Estatutos, pues en ese caso se llegaría a un resultado prohibido por la norma y nos encontraríamos ante un caso de fraude de ley.

Por otro lado, para que un patrono cobre por realizar funciones distintas de las que le corresponden como tal, es necesario autorización previa del Protectorado al constituir un supuesto de autocontratación previsto en el artículo 28 Ley 50/2002.

**[11] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), de 25 de mayo de 2016. Ponente: Dña. Carmen Pérez Sibón.**

*Justificación de la situación económica de una fundación: es insuficiente la aportación de un plan de ajuste realizado por la propia entidad no suscrito por funcionario público alguno, siendo necesaria su acreditación a través de las cuentas y balances exigidos por la Ley 50/2002.*

**HECHOS.**—La Fundación A.R. interpone recurso de apelación frente a la sentencia que declara la improcedencia del despido de uno de los trabajadores de la persona jurídica sin fin de lucro. Entiende la Fundación que ha cumplido con la carga de probar la deficitaria situación económica que justifica la procedencia de la extinción del contrato de trabajo y que su pertenencia al Sector Público conlleva que el Plan de Ajuste en que apoya toda su actividad probatoria debe eximirle de acreditar cualquier dato que se encuentre en el mismo.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—A pesar de la naturaleza pública de la Fundación, la carga de la prueba de la existencia de causa económica que respalda la

extinción llevada a cabo debe ser acreditada por quien la invoca. Para ello es absolutamente insuficiente la inclusión de datos al respecto en un denominado Plan de Ajuste (efectuado por ella misma, en el que se incorporan datos y cantidades sin respaldo alguno en balances o documentos contables de ninguna clase), que desde luego no es un documento que goce de especial fehaciencia, ni que esté suscrito por funcionario público que tenga especiales funciones de dación de fe o de intervención de cuentas, datos que debieron acreditarse mediante la aportación de las cuentas y balances a los que la Ley 50/2002 obliga.

**[12] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2.<sup>a</sup>), de 17 de marzo de 2016. Ponente: D. José Montiel González.**

*Fundaciones del sector público: tal naturaleza depende de la procedencia, directa o indirecta, de su patrimonio y no de la forma de gestión interna, que es común a todas.*

**HECHOS.**—Una trabajadora de la Fundación C.D. de Castilla-La Mancha ejerce acciones judiciales contra su empleador por considerar contraria al convenio colectivo aplicable la supresión de varias pagas extra así como la reducción de su salario, amparadas estas medidas en la aplicación de normas previstas para el personal del sector público. El recurso es desestimado por el Tribunal Superior de Justicia.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—La naturaleza pública o privada de una fundación no deriva de la forma de gestión interna de la misma, que es común a todas, con las concretas limitaciones para las del sector público, sino de la circunstancia de que su patrimonio proceda, directa o indirectamente, de forma mayoritaria de entidades pertenecientes al sector público (art. 44 Ley 50/2002 y art. 3.1.f) Texto Refundido Ley de Contratos del Sector Público). Cumpliéndose este requisito, las limitaciones a los incrementos retributivos contemplados en la Ley 39/2010 son aplicables a la demandante, en cuanto que presta servicios para una fundación del sector público, con independencia de que ésta no aparezca expresamente recogida en la Ley de presupuestos generales de Castilla-La Mancha.

**[13] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 4 de febrero de 2016. Ponente: Dña. Clara Penín Alegre.**

*Impuesto sobre el Valor Añadido: carácter oneroso de la prestación de servicios objeto de la actividad de la Fundación, dedicada a la investigación: actividad sujeta: deducción íntegra procedente.*

**HECHOS.**—La Fundación I.H.A.C. interpone recurso contencioso-administrativo contra una Resolución del TEAR relativa a la liquidación girada en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido. En ella se diferenciaban las actividades realizadas por la Fundación en dos tipos: investigación cuyo producto explota (actividad sujeta) e investigación sin el objetivo de explotar

empresarialmente los resultados sino de ofrecerlos a la sociedad sin contraprestación, en línea con su naturaleza de entidad sin ánimo de lucro y afecta a un interés general (actividad no sujeta), calculando el porcentaje que se corresponde con estas últimas en función de las cantidades percibidas en forma de subvención. La Fundación, por su parte, solicita la deducibilidad íntegra de las cuotas soportadas del Impuesto sobre el Valor Añadido pues, afirma, solo realiza una actividad, la de investigación, sujeta y no exenta, y con independencia de que los ingresos sean unas veces ingresos de mercado y otras subvenciones. El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—Se considera acreditado el carácter oneroso de la prestación de servicios objeto de la actividad de la Fundación en los diferentes proyectos subvencionados, en los que se prevén resultados específicos, como la emisión de informes o la generación de patentes comercializables, que son entregados a terceros para su uso en condiciones de mercado. En unas ocasiones actúa mediante contrato de prestación de servicios, en otros mediante consorcio con otras mercantiles, sociedades anónimas o limitadas, lo que acentúa aún más su carácter oneroso.

En cuanto a la actividad internacional de cooperación al desarrollo asociada a dos de los proyectos, no existe razón para considerar que, por encuadrarse en una actividad de ese tipo (susceptible de introducir el debate de la exención pero no el de la sujeción al impuesto), la Fundación vaya a trabajar a fondo perdido entregando gratuitamente sus resultados previstos y presumir que no los va a explotar. En toda actividad de investigación, lógicamente, la sociedad en general se beneficia pero los informes son de uso particular y susceptibles de generar ingresos en el mercado. Esto no la convierte en una actividad a título de mera liberalidad, jugando a favor de la Fundación la presunción de actividad económica como empresario que tributa por el Impuesto sobre Actividades Económicas, y cuyos estatutos prevén la obtención de resultados con su actividad susceptibles de generar ingresos, pese a sus fines sociales o generales.

#### **IV. Audiencias Provinciales**

**[14] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>), de 8 de julio de 2016. Ponente: D. Francisco Moya Hurtado.**

*Domicilio de una fundación: es necesario acudir al Registro de Fundaciones correspondiente para agotar los mecanismos de averiguación de domicilio antes de acudir a la comunicación por medio de edicto.*

**HECHOS.**—La Fundación P. es demandada, tramitándose dicha pretensión en rebeldía al no ser hallada en el domicilio designado por la demandante y sin que la consulta al punto neutro judicial permitiera averiguación de domicilio distinto del designado en demanda. Tras la notificación de la sentencia (estimatoria de la demanda) a través del BOCM, la Fundación demandada

interpone recurso de apelación porque el órgano judicial no había agotado los medios de averiguación de domicilio de la demandada para su emplazamiento en debida forma e interesando la nulidad de las correspondientes actuaciones. El recurso es estimado, dejando sin efecto la sentencia de Primera Instancia.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—La mención en el procedimiento de un registro público (el Registro de Fundaciones del Ministerio de Educación) donde constaba la inscripción de la demandada desde 2011 debió llevar, al ser presentada la demanda en 2014 y no ser hallada la demandada en el domicilio indicado en la inscripción inicial, a obtener información de dicho Registro para agotar los mecanismos de averiguación de domicilio antes de acudir a la comunicación por medio de edicto, por ser públicos los registros de fundaciones (art. 37.1 Ley 50/2002). La recurrente aporta escritura de modificación de los Estatutos por cambio de domicilio en 2013, modificación de obligada inscripción en el Registro de Fundaciones (art. 29.5 Ley) y que no permite descartar que, de haber sido solicitada la información a dicho Registro, hubiera sido posible el emplazamiento de la demandada en el nuevo domicilio indicado por la recurrente.

**[15] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.<sup>a</sup>), de 8 de junio de 2016. Ponente: D. Juan Luis Gordillo Álvarez Valdés.**

*Donaciones a una fundación: donaciones modales: para que los bienes donados estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales es necesaria una declaración de voluntad expresa según lo dispuesto en el artículo 21.2 Ley 50/2002.*

**HECHOS.**—Al hilo de un proceso sucesorio, se plantea el carácter «modal» o «puro y simple» de las donaciones realizadas a una fundación. Ésta defiende tales donaciones como modales pues considera que no hay que estar a la calificación que consta en las escrituras sino al verdadero y único fin pretendido por el donante: dotar a la Fundación de bienes para el cumplimiento de los fines fundacionales, habiendo efectuado la causante las donaciones conociendo que por expresa disposición legal y estatutaria los bienes donados quedaban afectos al cumplimiento del fin social. El motivo es, sin embargo, desestimado por la Audiencia Provincial.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—La donación solo será modal si expresamente el donante impone al donatario al constituir y perfeccionar el negocio jurídico una obligación de contenido no patrimonial. Si bien los bienes de la Fundación vienen afectos a los fines fundacionales (art. 12 Ley 50/2002), el artículo 21.2 Ley exige una declaración de voluntad expresa por parte de determinados sujetos para entender que los bienes y donaciones de la Fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales. No cabría considerar tal vinculación directa (en el sentido de expresa y concreta) al no existir resolución motivada del Protectorado ni de la autoridad judicial, ni mucho menos del fundador ni de la sociedad que donó el edificio, de voluntad expresa de vinculación, sin que se pueda deducir ésta de un mero juicio de intenciones de la fundadora y donante. A ello se

suma la falta de constancia de que los bienes donados se hayan aplicado a los fines fundacionales.

**[16] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.<sup>a</sup>), de 7 de junio de 2016. Ponente: D. Mauricio Muñoz Fernández.**

*Legitimación del patrono para impugnar el acuerdo de su cese: interés personal y directo: existe legitimación.*

*Competencia para declarar el cese de los patronos: aplicación de la Ley de Cajas de ahorros y Fundaciones bancarias: está prevista la adopción del cese por el Patronato si concurre justa causa: existe competencia.*

*Obligación del patrono de guardar secreto: hay que estar a los Estatutos: comunicación pública que excede del derecho a discrepar, de la mera información y que genera perjuicio a la entidad: vulneración del deber de confidencialidad.*

**HECHOS.**—D. Donato, patrono de una fundación especial Caja de ahorros convertida en Fundación bancaria, es cesado en su cargo por haber desvelado información sensible relativa al proceso de transformación de la entidad (el sentido del voto de los patronos, su número y procedencia así como graves críticas al Presidente del Patronato). D. Donato interpone demanda contra la Fundación bancaria interesando la impugnación del acuerdo en el que se adopta su cese como patrono alegando, entre otros, la falta de competencia del Patronato para acordar directamente el cese así como la no vulneración del deber de confidencialidad. La demanda es desestimada, corriendo la misma suerte el recurso de apelación interpuesto por el actor.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—Sobre la legitimación del patrono para impugnar el acuerdo de cese.—La legitimación del artículo 15.3 Ley 50/2002 es una legitimación que se reconoce de una forma específica y singular al que, en todo caso, puede actuar procesalmente de *iure proprio*, pero no excluye otras posibles habilitaciones para accionar, como la de los beneficiarios del artículo 2 de la citada Ley o de otras personas que tengan derechos e intereses legítimos en el objeto procesal. En este último sentido, dado que lo discutido es el acuerdo de cese del actor como patrono de la Fundación, parece claro que a aquél le asiste también un interés personal y directo por lo que se encuentra legitimado para la impugnación del acuerdo correspondiente.

Sobre la competencia para declarar el cese de los patronos.—Frente a la normativa general de fundaciones, resulta de aplicación específica la regulación de la Ley de Cajas de ahorros y Fundaciones bancarias, cuyo artículo 40.5 prevé la posibilidad de revocación del nombramiento como patrono por, entre otros, «*acuerdo de separación adoptado por el Patronato si se apreciara justa causa*». Los Estatutos de la Fundación reiteran la competencia de este órgano. Asimismo, señalan como obligación de los patronos cuyo incumplimiento puede constituir causa de su cese, el desempeño del cargo con diligencia de un representante leal, especificando el deber de guardar secreto de las deliberaciones y acuerdos del Patronato y de aquellas informaciones a

las que haya tenido acceso en el ejercicio de su cargo, sin poder utilizarlas en beneficio propio directo o indirecto.

Sobre la infracción de la obligación de guardar secreto.—Existe una falta de regulación del deber de confidencialidad en el marco general de las fundaciones, debiéndose estar a las previsiones estatutarias. El hecho de que participen representantes públicos en el órgano de gobierno de la Fundación y que ésta persiga fines como el desarrollo económico y social, justificaría, en principio, una necesidad de mayor transparencia en su funcionamiento, a lo que se suma el derecho de todo patrón a ejercer su discrepancia con las propuestas de otros. Sin embargo, todo ello debe hacerse en el seno del órgano correspondiente, mediante los procedimientos que permitan el ejercicio de sus derechos y conjugándose con los deberes de actuación leal y reserva de información confidencial cuya publicidad pueda perjudicar a la entidad. Esta obligación de confidencialidad impuesta a los patronos por los Estatutos en el supuesto de hecho, se ve vulnerada al exceder la comunicación pública realizada por el patrono de la mera información y del marco interno en el que puede y debe hacerse valer la discrepancia y habiendo generado un perjuicio importante a la imagen pública de la entidad.

**[17] Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1.<sup>a</sup>), de 30 de mayo de 2016. Ponente: Dña. Belén Pérez-Flecha Díaz.**

*Legitimación del Presidente para ejercitar una acción en nombre de una fundación: necesario acuerdo del Patronato o delegación de competencias en este sentido: legitimación inexistente.*

**HECHOS.**—La Fundación M.E.Y.M.C, actuando a través de su Presidenta, interpone demanda solicitando la impugnación de una serie de acuerdos adoptados en una Comunidad de Propietarios en la que la persona jurídica es propietaria de una de las viviendas. La demanda es desestimada por apreciar falta de legitimación de la Presidenta para interponer la demanda, entre otros motivos, por falta de autorización toda vez que el acuerdo del Patronato decidiendo el inicio de las acciones legales es de fecha anterior al acuerdo de la Junta de Propietarios y cuando aún no se podía conocer si su contenido sería lesivo para los intereses de la Fundación.

La Fundación interpone recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria, recurso que corre la misma suerte.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—Hay que partir de la base de que el órgano de gobierno de la fundación es el Patronato (art. 14 Ley 50/2002), siendo facultades de la Presidenta la representación y la ejecución de los acuerdos del mismo. Y el único acuerdo del Patronato que consta en autos es aquel que faculta a la Presidenta para otorgar poderes a Abogados y Procuradores. Pero otorgar poderes en nombre y representación de la Fundación no significa que esté autorizada para decidir por sí misma qué demandas se interponen y contra quién, pues el único órgano decisivo de toda fundación es el Patronato, salvo que se hubiera realizado delegación de

competencias a favor de alguno de sus miembros y éstas se hubieran inscrito en el Registro de Fundaciones (art. 16.4 Ley 50/2002), lo que no consta en el supuesto de hecho. De mantenerse una interpretación contraria, se podría producir una confusión entre la voluntad individual de la Presidenta y la del Patronato (más todavía cuando, en este caso concreto, la Presidenta es también la usufructuaria de la vivienda propiedad de la Fundación).

El documento de autorización aportado es insuficiente para el ejercicio de la acción pretendida pues no queda acreditado que la demanda se corresponda con la voluntad de la Fundación, al desconocer ésta cuando la autorizó si los acuerdos serían contrarios a la Ley o a los Estatutos, ya que aún no se había celebrado la Junta de la Comunidad de Propietarios.

**[18] Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3.<sup>a</sup>), de 19 de abril de 2016. Ponente: D. Rafael Giménez Ramón.**

*Extinción de una fundación: ausencia de patrimonio, de actividad y de contabilidad: concurre causa de extinción del artículo 31.c) Ley 50/2002.*

*Responsabilidad solidaria de los patronos: si se establece analogía con la acción social de responsabilidad en el ámbito mercantil, es necesario concretar la actuación perjudicial, el daño y la relación causal; la responsabilidad debe traer causa de la gestión del patrimonio en relación con las prestaciones que integran los fines fundacionales.*

**HECHOS.**—La Generalitat Valenciana interpone una demanda frente a la Fundación B.N. solicitando la extinción de la misma por considerar que concurre causa legal de extinción prevista en el artículo 31.c) Ley 50/2002 (imposibilidad de realización del fin fundacional) dada la carencia prolongada de actividad de la Fundación y la ausencia de toda contabilidad en la misma. Por otro lado, también solicita que se declare la responsabilidad solidaria de los patronos, conforme al artículo 17.2 del mismo texto legislativo. La demanda es estimada en lo relativo a la declaración de extinción de la persona jurídica sin fin de lucro aunque no respecto de la responsabilidad solidaria de los patronos demandados.

Tanto la Generalitat como uno de los patronos interponen sendos recursos, en orden a que se declare dicha responsabilidad y a que se entienda por activa la Fundación, respectivamente. Ambas pretensiones son desestimadas, ratificándose la sentencia impugnada en estos puntos.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—Respecto de la concurrencia de causa de extinción prevista en el artículo 31.c) Ley 50/2002.—Siendo el fin de la Fundación la atención de ancianos por medio de viviendas tuteladas y habiendo quedado demostrado que en 2005 había fallecido la única persona que recibió dicho tipo de atención, con el añadido de la ausencia de todo patrimonio desde hacía mucho tiempo y una carencia absoluta de contabilidad, no puede sostenerse que no concurre la causa de extinción apreciada. El hecho de que se hayan podido realizar otras

actividades (conferencias y cursos) no afecta la conclusión, dado que no integran el objeto fundacional en sentido propio.

Respecto de la responsabilidad solidaria de los patronos.—No cabe la imputación de responsabilidad a aquel patrono que entra en la Fundación cuando ya ésta carecía de fondos, quedando al margen de la rendición de cuentas y protección de los intereses de la Fundación.

Si se tiene en cuenta la analogía entre la acción ejercida al amparo del artículo 17.2 Ley 50/2002 con la acción social de responsabilidad en el ámbito mercantil (concurriendo en ambas la finalidad de reintegración del patrimonio fundacional o societario quebrantado por una actuación del equipo directivo no acorde a las normas o deberes que debían guiar su actuación), resulta preciso concretar la correspondiente actuación perjudicial para dicho patrimonio, el daño y la relación causal, presupuestos todos ellos de la acción y necesarios para su éxito y con los que no se ha cumplido. Por otra parte, la responsabilidad parece exigirse en la demanda como una especie de sanción por el hecho de haber incurrido el Patronato en varias ilegalidades (carencia de toda contabilidad y realización de prestaciones por la Fundación únicamente a favor de uno de sus fundadores), mientras que en la regulación señalada por analogía la responsabilidad no puede desvincularse de la actividad de gestión del patrimonio en relación con aquellas prestaciones que integran los fines fundacionales, que es cosa diversa.

**[19] Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.<sup>a</sup>), de 14 de enero de 2016. Ponente: D. Aurelio Vila Duplá.**

*Cese de patrono: para que sea válido el acuerdo por el que se cesa a un patrono debe concurrir causa alguna legal o estatutaria: cese improcedente.*

HECHOS.—El Patronato de la Fundación L. acuerda el cese como patrono de D. José Ramón, quien interpone demanda contra la persona jurídica sin fin de lucro solicitando que se declare la nulidad de pleno derecho de este acuerdo. Alega la inexistencia de causa legal o prevista en los Estatutos para el cese del patrono, sin que el favorecer una mayor rotación de los miembros de una familia figure entre ellas. La demanda es desestimada en Primera Instancia pero no así el recurso de apelación, procediendo a reponer al actor en su cargo de patrono.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 18.2 Ley 50/2002 alude en el apartado i) a «*las causas establecidas válidamente para el cese en los Estatutos*», de donde se desprende que para que sea válido el acuerdo por el que se cese a un patrono debe concurrir alguna causa legal o estatutaria, sistema éste «causalista» que no ha tenido en cuenta la sentencia apelada, pues una cosa es que el Patronato de la Fundación estuviera facultado para establecer «válidamente» en el artículo 7 de los Estatutos nuevas causas de cese, y otra distinta que se arroge la facultad de aprobar el cese de un patrono sin concurrir causa legal o estatutaria, actuación contraria al citado precepto de la Ley de Fundaciones, en cuanto prevé que se mantenga en el

cargo el patrono salvo que concurran causas objetivas (ej. muerte o declaración de fallecimiento) o que hayan sido declaradas por resolución judicial (ej. no desempeñar el cargo con la diligencia debida).

**[20] Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.<sup>a</sup>), de 23 de octubre de 2015. Ponente: Dña. Ángela Domínguez-Viguera Fernández.**

*Nombramiento de patronos: es necesario seguir las reglas establecidas en los Estatutos para ello; el Protectorado solo tiene facultades para nombrar patronos en los casos excepcionales legalmente previstos y no en el supuesto de mera suspensión cautelar acordada por la autoridad judicial. Los actos del mandatario con extralimitación de sus facultades son nulos.*

**HECHOS.**—En el curso de otro proceso y como medida cautelar se nombra administrador judicial de la Fundación B.N.S.F a D. Víctor, medida que fue levantada y declarada nula con posterioridad. En el ínterin, D. Víctor y los colaboradores que él había nombrado en calidad de patronos de la Fundación, celebran diversas sesiones alcanzando acuerdos respecto de la gestión de la persona jurídica fundacional. D. Miguel (patrono fundador) y la propia Fundación interponen demanda contra D. Víctor y sus colaboradores, sosteniendo su falta de legitimación para la realización de determinados actos jurídicos, cuya nulidad se interesa: en ellos no ha tenido intervención alguna el Protectorado y han sido adoptados por sujetos que no son patronos y no ostentan la condición de legítimos representantes de la persona jurídica. Por su parte, como prueba de su nombramiento como patronos, los demandados oponen la existencia de la medida cautelar y de una posterior comunicación del Protectorado.

La demanda es estimada y esta resolución se confirma con la desestimación del recurso de apelación interpuesto por los demandados.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—La designación como patronos de los demandados no tuvo nunca lugar pues la comunicación del Protectorado se limitaba a tomar razón de la medida cautelar adoptada judicialmente y a requerir a los demandados acreditación de su aceptación en legal forma y conforme al artículo 19 Ley de Fundaciones de Interés Gallego, recibiéndose antes de que esto ocurriera la nulidad del nombramiento del administrador judicial. El Protectorado nunca designó a ninguno de los demandados como patronos ni fueron nunca inscritos como tales en el Registro de Fundaciones, ni podían serlo con arreglo a lo dispuesto por los Estatutos respecto de la forma en que han de designarse los miembros del Patronato. Por otro lado, conforme al artículo 15 de la citada Ley, el Patronato ostenta la representación de la persona jurídica en los términos establecidos en los Estatutos, sin que el Protectorado tenga facultades para nombrar patronos sino en los supuestos excepcionales expresamente previstos (ej. incumplimiento de la obligación de inscribir o imposibilidad de designación conforme a los Estatutos), en cuyo caso y de modo provisional podría designar personas que integrasen el órgano de gobier-

no. La suspensión de los patronos acordada cautelarmente por la autoridad judicial daría lugar únicamente a su inscripción en el Registro de Fundaciones (art. 24).

Por otro lado, los negocios jurídicos llevados a cabo por el mandatario con extralimitación de sus facultades de apoderamiento (D. Víctor tenía solo facultades como administrador judicial) entran de lleno en la sanción de nulidad prevista en el artículo 1259 C.c.

## V. Otras resoluciones

### [21] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria, de 27 de septiembre de 2016. Ponente: Dña. María Teresa Trinidad Santos.

*Poderes de representación de una fundación: hay que estar en cada momento a lo que se desprenda de los asientos del Registro de Fundaciones, con independencia de posibles recursos pendientes de resolución.*

**HECHOS.**—Al hilo del procedimiento concursal de una entidad mercantil, se presenta en noviembre de 2015 escrito por un procurador, diciendo actuar en nombre y representación de la Fundación A.S., conforme el poder general para pleitos otorgado por D. Félix, miembro de la Comisión Permanente Ejecutiva de la Fundación. Sin embargo, en diciembre del mismo año, se presenta demanda incidental por otro procurador, diciendo actuar también en nombre de la misma Fundación, conforme a poder general para pleitos conferido por D. Juan, Presidente del Patronato de la persona jurídica sin fin de lucro. En esta segunda demanda se pretende que se tenga por personada a la Fundación con la representación procesal conferida por D. Juan y se declare nula la otra al carecer D. Félix de facultades de representación de la Fundación. Existe una profunda problemática en el seno de la persona jurídica entre sus patronos debido a presuntas revocaciones de facultades así como a la supresión y reorganización de órganos de gobierno. Ciñéndose a la personación de la Fundación y sin entrar en el fondo de la validez de los distintos acuerdos y decisiones adoptados en su seno, el Juzgado falla entendiendo por personada a la Fundación con la representación procesal conforme al poder otorgado por D. Juan.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—Con independencia de que las Resoluciones del Protectorado de las que traen causa hayan sido recurridas en vía administrativa y/o jurisdiccional, en la actualidad se constata que en el Registro de Fundaciones constan revocados los poderes de D. Félix y, en cambio, constan inscritos los conferidos a D. Juan, que reúne la condición de miembro de la Comisión Permanente Ejecutiva y Presidente de Patronato. Mientras no se acredeite la nulidad declarada judicialmente y con carácter firme de dichos asientos, a ellos se debe estar con independencia de los recursos y procedimientos que pendan de las circunstancias que han llevado a tales inscripciones.

**[22] Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Barcelona, de 15 de junio de 2016. Ponente: Dña. Elsa Puig Muñoz.**

*Impuesto sobre Bienes Inmuebles: el artículo 15 Ley 49/2002 contiene una exención mixta: bienes ocupados por una fundación que no son titularidad de ésta sino de una entidad mercantil: no se cumple el requisito subjetivo: exención improcedente.*

**HECHOS.**—Una entidad mercantil interpone recurso contra una Resolución en materia de liquidación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, entendiendo, al contrario que hace el órgano tributario competente, que sí concurre la exención legal prevista respecto de una serie de bienes inmuebles de su propiedad por cuanto están ocupados por una fundación y están destinados al fin fundacional, en este caso, residencias para la tercera edad. El recurso es, sin embargo, desestimado.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—En el caso del IBI existen tres tipo de exenciones —objetivas, subjetivas y mixtas—, teniendo carácter mixto la contenida en el artículo 15 Ley 49/2002, ya que, por una parte, exige el requisito subjetivo de la titularidad de los bienes por parte de las entidades beneficiarias y, por otro, el requisito objetivo consistente en que el destino o finalidad del inmueble no esté afecto a una explotación económica o, si lo está, que esté exento del Impuesto sobre Sociedades. Para que se pueda reconocer la exención deben darse conjuntamente ambas condiciones. Como quiera que la Fundación no es titular de los bienes que constituyen el objeto tributario del IBI cuestionado —y, por tanto, no es sujeto pasivo del IBI—, la demandante no es una entidad sin ánimo de lucro sino una mercantil con una actividad económica concreta y no consta que haya optado por el régimen establecido en la Ley 49/2002, no procede la exención que se pretende.

**[23] Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (Sección 10.º), 8 de septiembre de 2016.**

*Impuesto sobre Sociedades: cambio de criterio para ajustarlo a la SAN de 1 de octubre de 2015: una fundación cumple el requisito del artículo 3.1.º Ley 49/2002 si persigue fines de interés general, tanto de forma directa como indirecta.*

*Impuesto sobre Sociedades: no cabe entender el beneficio fiscal de los patronos por sus aportaciones a la fundación como retribución de su cargo.*

**HECHOS.**—Una fundación interpone reclamación contra una serie de liquidaciones del Impuesto sobre Sociedades alegando, entre otros motivos, el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el artículo 3 Ley 49/2002 para beneficiarse del régimen fiscal especial. La Administración tributaria había negado la aplicación de exención alguna por entender incumplido, por una parte, el apartado 1.º, al no desarrollar la fundación los fines de interés general de forma directa sino a través de la financiación de proyectos llevados a cabo por otras entidades. Por otra, también se consideraban infringidos los apartados 4.º y 5.º, esto es, la prohibición de que los patronos, entre otros, sean destinatarios de las actividades fundacionales y reciban retribución por las funciones

típicas de su cargo, en la medida en que la fuente principal de obtención de ingresos por parte de la fundación procede de rendimientos de capital mobiliario (intereses) pagados por una entidad mercantil vinculada a la fundación como contraprestación a préstamos recibidos por esta última, y como consecuencia de las aportaciones que hacen los propios patronos a la persona jurídica fundacional.

El TEAC, con un cambio de criterio respecto de su doctrina anterior en lo que al requisito de perseguir fines de interés general se refiere, acuerda estimar las reclamaciones y anular las respectivas liquidaciones.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**—A la luz de la sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2015, el TEAC cambia su criterio, entendiendo que los fines de interés general que debe perseguir una fundación pueden ser ejecutados tanto de manera directa como indirecta. La circunstancia de que la fundación trámite mediante el procedimiento de gestión directa un mínimo volumen de su actividad asistencial, desarrollándose la mayor parte a través de la financiación de diversos proyectos realizados por otras entidades, no es óbice para reconocer que, aun de modo indirecto, los fines de interés general se cumplen.

En cuanto a los requisitos relacionados con el cargo de patrono, si bien podría plantearse que, como señala la Administración, los patronos de la fundación estén financiando a una entidad mercantil, que se deduce los gastos financieros devengados sin que los ingresos correspondientes a dichos intereses tributen al residenciarlos en sede de la fundación, ésto no supone el incumplimiento de las condiciones comprobadas por la inspección: no se está discutiendo realmente que los patronos sean los destinatarios principales de las actividades de interés general —que vienen configuradas por los proyectos—, ni que se beneficien de condiciones especiales para utilizar los servicios de la fundación. Por otro lado, tampoco supone el posible beneficio fiscal que tengan los patronos por las aportaciones efectuadas a la fundación que sus cargos sean retribuidos.

## VI. Índice analítico

### Domicilio de las fundaciones

—*Domicilio a efectos de notificación*

SAP de Madrid de 8 de julio de 2016 [14]

### Extinción de las fundaciones

—*Inactividad de la fundación*

STS de 15 de junio de 2016 [1]

SAP de Castellón de 19 de abril de 2016 [18]

—*Responsabilidad de los patronos*  
SAP de Castellón de 19 de abril de 2016 [18]

### **Facultades del Protectorado**

—*Nombramiento de patronos*  
SAP de Ourense de 23 de octubre de 2015 [20]

### **Fundaciones del Sector Público**

STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2016 [12]

### **Legitimación de las fundaciones**

—*Legitimación para la tutela post mortem de los derechos de la personalidad del fundador*  
STS de 20 de junio de 2016 [3]

### **Patrimonio de las fundaciones**

—*Autocontratación*  
SAN de 21 de septiembre de 2016 [5]  
STSJ de Madrid de 26 de mayo de 2016 [10]  
—*Bienes pertenecientes a la dotación fundacional*  
SAN de 21 de septiembre de 2016 [5]  
—*Donación de bienes para su vinculación al cumplimiento de los fines fundacionales*  
SAP de Madrid de 8 de junio de 2016 [15]  
—*Justificación de la situación económica*  
STSJ de Andalucía de 25 de mayo de 2016 [11]

### **Patronato**

—*Cese del cargo de patrono*  
SAP de Burgos de 7 de junio de 2016 [16]  
SAP de Navarra de 14 de enero de 2016 [19]  
—*Jurisdicción competente para impugnar su gestión*  
SAN de 13 de octubre de 2016 [4]  
—*Legitimación del patrono para impugnar acuerdo de cese*  
SAN de Burgos de 7 de junio de 2016 [16]

- *Legitimación del Presidente para ejercitar acción en nombre de la fundación*  
SAP de Soria de 30 de mayo de 2016 [17]
- *Nombramiento de patrono*  
SAP de Ourense de 23 de octubre de 2015 [20]
- *Obligación del patrono de guardar secreto*  
SAP de Burgos de 7 de junio de 2016 [16]
- *Remuneración del cargo de patrono*  
STSJ de Navarra de 14 de septiembre de 2016 [8]
- Resolución del TEAC de 8 de septiembre de 2016 [23]
- *Renuncia al cargo de patrono*  
STSJ de Madrid de 26 de mayo de 2016 [10]
- *Representación de la fundación*  
SJ 1.<sup>a</sup> Instancia de Vitoria n.º 1 de 27 de septiembre de 2016 [21]
- *Responsabilidad penal del Secretario*  
STS de 10 de febrero de 2016 [2]
- *Responsabilidad solidaria por extinción*  
SAP de Castellón de 19 de abril de 2016 [18]

### **Régimen fiscal especial**

- *Deducción por donativos*  
SAN de 27 de mayo de 2016 [6]
- *Impuesto sobre Actividades Económicas*  
STSJ de Cataluña de 7 de julio de 2016 [9]
- *Impuesto sobre Bienes Inmuebles*  
SJ Contencioso-Administrativo núm. 2 de Barcelona de 15 de junio de 2016 [22]
- *Impuesto sobre Sociedades*  
Resolución del TEAC (Sección 10.<sup>a</sup>) de 8 de septiembre de 2016 [23]
- *Impuesto sobre el Valor Añadido*  
STSJ de Cantabria de 4 de febrero de 2016 [13]

### **Responsabilidad de la fundación**

- *Responsabilidad solidaria por transmisión de bienes para impedir la actuación de la Administración tributaria*  
STSJ de Islas Canarias de 22 de septiembre de 2016 [7]



# Índice

<b>Presentación . . . . .</b>	13
<i>Javier Nadal Arino</i>	

## ESTUDIOS

<b>Ética de las fundaciones: tiempos de corresponsabilidad . . . . .</b>	19
<i>Adela Cortina</i>	
I. CELEBRANDO UN CENTENARIO . . . . .	19
II. ÉTICA DE LA CORRESPONSABILIDAD . . . . .	21
III. COOPERACIÓN ENTRE LOS TRES SECTORES EN UN MUNDO INTERDEPENDIENTE . . . . .	24
IV. ÉTICA DE LAS FUNDACIONES: DE LA BENEFICENCIA A LA CORRESPONSABILIDAD . . . . .	25
V. VIRTUALIDADES DE LAS FUNDACIONES DESDE UNA ÉTICA DE LA CORRESPONSABILIDAD . . . . .	27
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	33
<b>Estructura, conducta y resultados de las fundaciones españolas . . . . .</b>	37
<i>Amadeo Petibò</i>	
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	37
II. LAS FUNDACIONES ANTE EL RETO DE LA MODERNIZACIÓN . . . . .	39
1. <i>La visión tradicional</i> . . . . .	40
2. <i>Una visión moderna</i> . . . . .	43
III. UN NUEVO ENFOQUE DEL SECTOR FUNDACIONAL . . . . .	46
1. <i>La estructura del sector fundacional</i> . . . . .	47
2. <i>La conducta del sector fundacional</i> . . . . .	53
3. <i>Resultados</i> . . . . .	54
IV. DATOS MACROECONÓMICOS . . . . .	59
V. CONCLUSIONES . . . . .	63
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	64

<b>Hacia un modelo de buen gobierno para las fundaciones . . . . .</b>	<b>69</b>
<i>Javier López-Galiacho Perona</i>	
I. EL BUEN GOBIERNO EN GENERAL . . . . .	69
1. <i>Qué es el buen gobierno</i> . . . . .	70
2. <i>Función del buen gobierno</i> . . . . .	70
3. <i>Antecedentes del buen gobierno: del caso Enron al Código de buen gobierno de la CNMV</i> . . . . .	70
II. ¿SE PUEDE HABLAR DE BUEN GOBIERNO DE LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS? . . . . .	72
1. <i>Planteamiento</i> . . . . .	72
2. <i>Modelo de buen gobierno mercantil y fundacional: diferencias</i> . . . . .	75
3. <i>Principios de un modelo de buen gobierno para una entidad no lucrativa</i> . . . . .	77
4. <i>Hacia un código de buen gobierno de fundaciones en España</i> . . . . .	79
III. MODELO DE BUEN GOBIERNO PARA ENTIDAD NO LUCRATIVA FUNDACIONAL . . . . .	80
1. <i>Sobre el órgano de patronato. Consideración previa: para qué sirve un patronato</i> . . . . .	80
2. <i>Nombramiento de los patronos</i> . . . . .	82
3. <i>Duración del cargo de patrono</i> . . . . .	83
4. <i>Información sobre composición del patronato</i> . . . . .	83
5. <i>Cese o dimisión</i> . . . . .	84
6. <i>Competencias del patronato</i> . . . . .	84
7. <i>Estructura y órganos del patronato</i> . . . . .	86
8. <i>Derechos y facultades de los patronos</i> . . . . .	88
9. <i>Deberes de los miembros del patronato</i> . . . . .	89
10. <i>Especial referencia a los conflictos de interés</i> . . . . .	90
11. <i>Sobre la evaluación del patronato</i> . . . . .	92
12. <i>La dirección de la fundación</i> . . . . .	92
13. <i>Derecho de los donantes de la fundación</i> . . . . .	95
14. <i>El voluntariado fundacional: qué hacer</i> . . . . .	96
15. <i>El papel de la comunicación transparente</i> . . . . .	101
16. <i>La estrategia en responsabilidad social de la fundación</i> . . . . .	102
17. <i>Cumplimiento para fundaciones de los requisitos de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno</i> . . . . .	103
IV. LA RESPONSABILIDAD POR EL MAL GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN . . . . .	104
1. <i>La responsabilidad de patronos frente a la fundación y acción en interés fundacional</i> . . . . .	104
2. <i>La llamada responsabilidad penal de la fundación: prevención y control</i> . . . . .	106
V. CONCLUSIÓN . . . . .	109
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	110

<b>La tributación del Seguro de Responsabilidad Civil de los Patronos de Fundaciones . . . . .</b>	113
<i>Alberto Muñoz Villarreal</i>	
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	113
II. BREVE SÍNTESIS DE LA TRIBUTACIÓN DE LAS FUNDACIONES . . . . .	115
III. LA FISCALIDAD DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PATRONOS DE LAS FUNDACIONES . . . . .	124
IV. CONCLUSIONES . . . . .	137
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	138

## **CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

<b>Andalucía. Novedades en materia de fundaciones, tercer sector y cooperación al desarrollo . . . . .</b>	145
<i>Manuel Rodríguez Portugués</i>	
I. FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO . . . . .	146
1. <i>Nuevos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la integración del personal de fundaciones del sector público extinguidas en entidades de Derecho público . . . . .</i>	146
2. <i>Creación de la Comisión de Coordinación de las Fundaciones del sector público de Andalucía adscritas a la Consejería competente en materia de salud . . . . .</i>	150
II. TERCER SECTOR . . . . .	152
1. <i>Fundaciones y demás entidades privadas del tercer sector en la nueva Ley de Servicios Sociales de Andalucía de 2016 . . . . .</i>	152
2. <i>Creación de la Comisión Permanente de Diálogo con la Mesa del Tercer Sector de Andalucía . . . . .</i>	153
III. NOVEDADES EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL DESARROLLO . . . . .	156
1. <i>Nuevas bases reguladoras para la concesión de subvenciones por la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo . . . . .</i>	156
2. <i>Las ayudas del Parlamento de Andalucía en materia de cooperación internacional del desarrollo . . . . .</i>	156
<b>Las fundaciones en Asturias . . . . .</b>	159
<i>Alejandro Huergo Lora</i>	
<i>Javier García Luengo</i>	
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	159

II.	NOVEDADES JURISPRUDENCIALES. . . . .	160
1.	<i>La aplicación de las normas del TREBEP sobre provisión de puestos de interinos a las fundaciones del sector público. . . . .</i>	160
III.	PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES . . . . .	164
<b>Fundaciones en Castilla-La Mancha . . . . .</b>		167
<i>José Antonio Moreno Molina</i>		
<i>Alma Patricia Domínguez Alonso</i>		
I.	LEY DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS Y TRIBUTARIAS DE CASTILLA-LA MANCHA E INSTRUCCIÓN DEL CONSEJO DE GOBIERNO SOBRE LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES, DE PERSPECTIVA DE GÉNERO Y MEDIOAMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO REGIONAL . . . . .	167
II.	JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES DE CASTILLA-LA MANCHA . . . . .	170
<b>Con el catalejo jurídico por las tierras de Castilla y León. . . . .</b>		175
<i>Mercedes Fuertes</i>		
I.	UN AMPLIO PAISAJE . . . . .	175
II.	ALGUNOS HITOS DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS . . . . .	177
III.	MARCO JURÍDICO, ORGANIZATIVO Y LA RECIENTE LEGISLACIÓN . . . . .	179
IV.	EL ESTÍMULO PÚBLICO: LAS SUBVENCIONES A LAS FUNDACIONES . . . . .	180
V.	INFORMES DEL CONSEJO DE CUENTAS Y DEL CONSEJO CONSULTIVO . . . . .	180
VI.	RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES. . . . .	183
<b>Novedades de interés para las fundaciones catalanas del sector público de la Generalitat de Cataluña: de vuelta a la definición de «fundación del sector público». . . . .</b>		189
<i>Joaquín Tornos Mas</i>		
<i>Mar Martínez Martínez</i>		
I.	INTRODUCCIÓN . . . . .	189
II.	NOVEDADES EN LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO DE LA <i>GENERALITAT DE CATALUÑA</i> . . . . .	190
1.	<i>En cuanto al concepto de «fundación del sector público» . . . . .</i>	190
2.	<i>Régimen jurídico de las fundaciones del sector público . . . . .</i>	197
III.	OTRAS NOVEDADES QUE AFECTAN COLATERALMENTE AL RÉGIMEN JURÍDICO AL QUE SE SUJETAN DETERMINADAS FUNDACIONES . . . . .	199
1.	<i>Novedades relativas a las fundaciones constituidas como centros CERCA . . . . .</i>	199

2. <i>Novedades en materia de contratación que afectan a las fundaciones del sector público. La Ley 5/2017, de medidas fiscales y financieras . . .</i>	200
IV. PROYECTO DE ORDEN POR LA QUE SE ESTABLECE EL NIVEL DE SUJECIÓN DE LAS FUNDACIONES Y LAS ASOCIACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA A DETERMINADOS INSTRUMENTOS DE TRANSPARENCIA . . . . .	201
 <b>Las fundaciones en Extremadura durante 2016: algunas reflexiones sobre el diálogo civil y la promoción pública del tercer sector . . .</b>	205
<i>Enrique Hernández Diez</i>	
I. INTRODUCCIÓN: LA AUSENCIA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO PARTICULAR EN EXTREMADURA . . . . .	205
II. ACTIVIDAD Y DESARROLLO DE LAS FUNDACIONES EN EXTREMADURA DURANTE 2016 . . . . .	206
III. EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN DEL DIÁLOGO CIVIL EN EXTREMADURA . . . . .	210
IV. DESAFÍOS DEL SECTOR FUNDACIONAL EN EXTREMADURA Y PERSPECTIVAS . . . . .	216
V. CONCLUSIONES . . . . .	220
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	221
 <b>Las fundaciones en la Comunidad Autónoma de Galicia . . . . .</b>	223
<i>Javier Ferreira Fernández</i>	
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	223
II. LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO (LRJSP) Y SU INCIDENCIA EN LA LEY 16/2010, DE 17 DE DICIEMBRE, DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL Y DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO DE GALICIA (LOFAXGA) . . . . .	224
III. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA . . . . .	228
IV. ALTAS Y BAJAS EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO . . . . .	232
 <b>Algunas cuestiones relevantes en materia de fundaciones públicas y del sector público instrumental en las Islas Baleares . . . . .</b>	237
<i>Joana M. Socias Camacho</i>	
<i>Vicente Juan Calafell Ferrá</i>	
I. EL PROYECTO DE REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR INSTRUMENTAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES DESDE SU CREACIÓN EN 2011 HASTA 2017. EN ESPECIAL, LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICAS . . . . .	237
II. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS Y DEL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL DE LAS ISLAS BALEARES . . . . .	242

<b>Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra . . . . .</b>	247
<i>Martín María Razquin Lizarraga</i>	
I. NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES . . . . .	247
II. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS DEL GOBIERNO DE NAVARRA . . . . .	247
III. JURISPRUDENCIA . . . . .	248
IV. INFORMES DE LA CÁMARA DE COMPTOS SOBRE FUNDACIONES . . . . .	251
 <b>El Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco . . . . .</b>	253
<i>Edorta Cobreros Mendazona</i>	
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	253
II. LA NUEVA LEY VASCA DE FUNDACIONES . . . . .	253
III. EL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL . . . . .	263
IV. LA LEY DEL TERCER SECTOR SOCIAL DE EUSKADI . . . . .	264
V. INFORME DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS . . . . .	264
 <b>Comunidad valenciana . . . . .</b>	267
<i>Juan Francisco Mestre Delgado</i>	
<i>Luis Manent Alonso</i>	
I. LA REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES . . . . .	267
1. <i>El Reglamento de fundaciones de la Comunidad valenciana</i> . . . . .	267
2. <i>La Ley de mecenazgo de la Comunidad Valenciana</i> . . . . .	269
3. <i>La Ley de Hacienda Pública de la Generalitat</i> . . . . .	270
II. REESTRUCTURACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO DE LA GENERALITAT . . . . .	276
1. <i>Redimensionamiento</i> . . . . .	277
2. <i>Racionalización</i> . . . . .	285
3. <i>Mención especial al personal directivo</i> . . . . .	294
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	300
 <b>CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPA</b>	
 <b>Crónica de la Unión Europea . . . . .</b>	305
<i>Isabel Peñalosa Esteban</i>	
<i>Diana Navas Vallterra</i>	
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	305

II.	PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO . . . . .	306
III.	CONSULTA PÚBLICA DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LOS TIPOS DE IVA . . . . .	309
IV.	FONDOS DE EMPRENDIMIENTO SOCIAL EUROPEO . . . . .	310
V.	PROYECTO DAFNE-EFC SOBRE BARRERAS A LA ACTIVIDAD FILANTRÓPICA EN EUROPA . . . . .	313
<b>Renacer y sobrevivir de la <i>Fondation</i> en Francia (2000-2016) . . . . .</b>		<b>315</b>
<i>Juan-Cruz Alli Turrillas</i>		
<i>Isabelle Combes</i>		
I.	INTRODUCCIÓN GENERAL . . . . .	315
II.	LA FUNDACIÓN FRANCESA: SU SER, REGULACIÓN Y DEFINICIÓN HISTÓRICA . . . . .	316
1.	<i>Idea general</i> . . . . .	316
2.	<i>El itinerario de sus causas históricas</i> . . . . .	317
3.	<i>Las consecuencias jurídicas de la historia sobre las fundaciones francesas</i> . . . . .	322
A)	<i>Idea general</i> . . . . .	322
B)	<i>El interés público y las fundaciones en Francia</i> . . . . .	325
C)	<i>Los efectos jurídicos generales</i> . . . . .	328
D)	<i>El sistema jurídico regulador: recorrido general</i> . . . . .	331
4.	<i>Una definición de las fundaciones en Francia</i> . . . . .	333
5.	<i>Clasificación de las fundaciones</i> . . . . .	337
III.	LAS CIFRAS DEL FENÓMENO FUNDACIONAL EN FRANCIA . . . . .	343
IV.	RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES . . . . .	346
1.	<i>Constitución</i> . . . . .	347
2.	<i>Estatutos-tipo</i> . . . . .	349
3.	<i>Gobierno de las fundaciones</i> . . . . .	350
A)	<i>Modelos de gobierno de las fundaciones</i> . . . . .	350
B)	<i>Gratuidad de las funciones de administrador</i> . . . . .	352
C)	<i>Responsabilidad de los administradores</i> . . . . .	352
4.	<i>Duración</i> . . . . .	353
5.	<i>Controles</i> . . . . .	355
A)	<i>Control estatal</i> . . . . .	355
B)	<i>Control jurisdiccional</i> . . . . .	357
C)	<i>Controles contables</i> . . . . .	358
6.	<i>Reestructuración y disolución</i> . . . . .	359
A)	<i>Reestructuraciones</i> . . . . .	359
B)	<i>Disolución-liquidación</i> . . . . .	361
V.	RÉGIMEN FISCAL DE LAS FUNDACIONES . . . . .	362
1.	<i>Carácter no lucrativo de las fundaciones</i> . . . . .	362
2.	<i>Régimen de imposición de las fundaciones</i> . . . . .	364

3. <i>Régimen fiscal del mecenazgo</i> . . . . .	366
A) Incentivos fiscales para el mecenazgo de personas físicas . . . . .	368
a) Impuesto sobre la renta . . . . .	368
b) Impuesto de solidaridad sobre el patrimonio . . . . .	370
c) Derechos de transmisión a título gratuito . . . . .	371
B) Incentivos fiscales para el mecenazgo de empresas . . . . .	373
C) El caso particular de las donaciones transnacionales . . . . .	374
VI. CONCLUSIONES . . . . .	377
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	382

## CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA

<b>La tendencia de la filantropía en Colombia y la evolución de las Fundaciones Empresariales en Colombia . . . . .</b>	389
<i>María Carolina Suárez Visbal</i>	

I. UNA TENDENCIA POR OPERAR EN LUGAR DE SER DONANTES . . . . .	393
II. LA PLATAFORMA ESTRATÉGICA DE PROYECTOS . . . . .	395
III. LA IMPORTANCIA DEL TRABAJO COLECTIVO Y ARTICULADO . . . . .	396
IV. TRABAJO EN ALIANZA CON EL GOBIERNO . . . . .	399
V. TRABAJO CON GOBIERNOS LOCALES . . . . .	401
VI. LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE COMO UNA OPORTUNIDAD PARA FORTALECER LA ACCIÓN DE LAS FUNDACIONES Y LA COLABORACIÓN .	402
VII. EL PROYECTO COLECTIVO DE LAS FUNDACIONES AFE EN ANTIOQUÍA . . . . .	405
VIII. LOS RETOS HACIA EL FUTURO COMO SECTOR . . . . .	406
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	408

## RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

<b>Jurisprudencia sobre fundaciones . . . . .</b>	413
<i>María Natalia Mato Pacín</i>	

I. TRIBUNAL SUPREMO . . . . .	413
II. AUDIENCIA NACIONAL . . . . .	416
III. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA . . . . .	419
IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES . . . . .	424
V. OTRAS RESOLUCIONES . . . . .	431
VI. ÍNDICE ANALÍTICO . . . . .	433