

La reforma de las fundaciones

Por Alberto PALOMAR OLMEDA¹



I Marco general

Se acaba de hacer público el Proyecto de Ley de Fundaciones que tiene como objetivo determinar un nuevo marco en el régimen jurídico de las mismas como consecuencia de la necesidad de adaptación del marco normativo a los nuevos tiempos y necesidades de la sociedad española.

Antes de cualquier otra consideración sobre la reforma y lo que significa realmente es cierto la propia conformación sectorial del fenómeno fundacional hace que su regulación presente alguna complejidad en tanto en cuanto la categoría jurídica incluye realidades muy diferentes en lo organizativo y en el funcionamiento que, a veces, exigen un tratamiento normativo diferenciado.

Pero antes de llegar a este nivel de concreción podemos indicar, con carácter general, que el derecho cuya modulación se pretende con la norma indicada, arranca de lo previsto en el artículo 34 de la CE que reconoce explícitamente el derecho de fundación cuando señala que <<... 1.- Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley....>>. Desde una perspectiva constitucional la regulación, más allá del reconocimiento del derecho se completa con la indicación que se contiene en el apartado 2 del propio artículo 34 cuando señala que <<...2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22...>>.

Esta remisión significa, únicamente, la indicación de que las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales y, de otro lado, la que indica que <<...4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada...>>.

A partir de este esquema parece claro que el legislador tenía y tiene un amplio margen en la configuración institucional de las fundaciones. No obstante esto, se han ido produciendo algunas decisiones jurisprudenciales que, claramente, matizan la situación.

De este modo y en punto a la naturaleza, recuerda la STC 98/2013, de 23 de abril establece que <<...Por último, conviene advertir, como ya hicimos en la STC 341/2005, de 21 de diciembre (RTC 2005, 341), que las cuestiones

¹ Profesor Titular (Acad) de Derecho Administrativo.

relativas a la voluntad del fundador forman parte de la esencia del negocio jurídico fundacional y tienen naturaleza civil, por consiguiente, sólo podrán legislar sobre ellas aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con una regulación civil propia en la concreta materia o en una institución civil conexas. Por ello, contestando a las alegaciones del representante del Parlamento de La Rioja y del Letrado del Gobierno autonómico, hemos de afirmar que el hecho de que la Comunidad Autónoma de La Rioja haya asumido estatutariamente competencia legislativa en materia de fundaciones *ex art. 18.1.4 EAR (RCL 1982, 1575)*, no le habilita para legislar los aspectos civiles de las mismas, por lo que ya hemos dicho en relación a la competencia en derecho civil. En virtud de estas mismas consideraciones, en la *STC 341/2005, de 21 de diciembre (RTC 2005, 341)*, declaramos la inconstitucionalidad del *art. 24.3 de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998, de 2 de marzo (LCM 1998, 98)*, de fundaciones. Y estos mismos razonamientos, como apunta el Abogado del Estado, son aplicables a la normas sobre la fusión de fundaciones dictadas por la Comunidad Autónoma de La Rioja. Por consiguiente, debemos apreciar la inconstitucionalidad del apartado 3 del artículo 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja (*LLR 2007, 33*)>>.

En este marco se ha ido estableciendo una regulación de las fundaciones que presenta diversas características de las que una de las más novedosas ha sido la independización de la figura de las fundaciones del régimen fiscal aplicable que estaba en la base de la primera regulación.

Así, la legislación de fundaciones marcha con toda evidencia en una dirección muy diferente de la que pudo orientar al legislador en la primera década del siglo XX, y que, además, está descrita con la misma claridad en la exposición de motivos de esta última Ley 50/2002, de Fundaciones, donde se dice, por ejemplo, que la Ley precedente (la Ley 30/1994, una ley de contenido dual y en cierto modo heterogéneo porque por su contenido fiscal desbordaba lo estrictamente fundacional) «puso fin a un régimen regulador de las fundaciones que cabría calificar de vetusto (algunas de sus normas databan de mediados del siglo XIX), fragmentario, incompleto y aun contradictorio, satisfaciendo las legítimas demandas y aspiraciones claramente planteadas por el sector, y adaptando, en suma, esta normativa a las exigencias del nuevo orden constitucional....», precisión esta última que prueba que hacer una interpretación «conforme a la realidad social» es, no sólo posible, sino necesaria (apartado I de la E. de M.).

Y se dice también que la reforma que ha tenido lugar en el año 2002 que ha derogado la Ley de 1994, dividiéndola en dos leyes distintas y aportando otras novedades de interés, «pretende, a lo largo de todo su articulado, dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general». Y se dice todavía más, y es esto: que «también el Tribunal constitucional (*STC 18/1984, de 7 de febrero [RTC 1984, 18]* , entre otras) ha apuntado que una de las notas características del Estado social de derecho es que los intereses generales se definen a través de una interacción entre el

Estado y los agentes sociales, y que esta interacción entre lo público y lo privado trasciende también al campo de lo organizativo, en donde, como es fácil de entender, las fundaciones desempeñan un papel de primera magnitud».

Más allá de la regulación específica lo que desde siempre ha estado claramente definido es que el modelo fundacional va vinculado a las actividades de interés general por opuestas – como ocurre en otros Ordenamientos -a las de interés particular-. Nos puede servir como ejemplo de esta cuestión lo que claramente afirma la STS de 13 de marzo de 2012 cuando señala que <<...Consideramos que, a la vista de lo expresado, el contenido de los estatutos y la memoria de actividades, efectivamente la asociación de referencia posee unos fines de interés general, dado que realiza una actividad dirigida en definitiva a una colectividad genérica de personas, consistentes en la protección de la salud y el fomento de la educación sanitaria, en el ámbito de la neumología infantil, y no presta un servicio que esté orientado a la satisfacción de los intereses particulares de sus asociados. Así mismo, sus estatutos permiten el acceso de cualquier otra persona a la condición de socios de honor, en los términos y bajo las condiciones anteriormente expuestos....>>. Este esquema, en el supuesto de la Sentencia referido a la declaración de utilidad pública, pero vinculado, igualmente, al intento de definición de qué debe entenderse por interés general nos permite un mínimo intento de definición del concepto que, en el caso de las fundaciones, habilita la propia posibilidad de la realización.

La perspectiva constitucional ha sido claramente expuesta por el Tribunal Constitucional cuya doctrina podemos extraerla desde lo que señala la STC 120/2011, de 6 de julio cuando señala que <<...Con respecto a su alcance, en la STC 49/1988, de 22 de marzo (RTC 1988, 49) , establecimos ya que el precepto «se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las Leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman ... Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica

para asegurar los fines deseados» (STC 49/1988, de 22 de marzo, F. 5).

A ello debemos añadir ahora que la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente. De la proclamación constitucional de este derecho fundamental no se deriva, en consecuencia, el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas....>>.

La propia Sentencia indicada se refiere a una de las cuestiones que, ciertamente, ha sido de las más conflictivas. En concreto la Sentencia señala que <<...Tal y como hemos señalado ya, ha sido, precisamente, el legislador estatal quien ha establecido que «las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario» (art. 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre [RCL 2002, 3042 y RCL 2003, 1065] , de fundaciones). El reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones no deriva, por tanto, del art. 34.1 CE sino de una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el art. 103.1 CE en el sentido de configurar el Derecho propio de la Administración pública de tal manera que a ésta le resulte posible actuar con eficacia. Del mismo modo, la decisión de un ente público de constituir una fundación para el cumplimiento de los fines que le son propios no supone el ejercicio del derecho de fundación reconocido a los particulares en el art. 34.1 CE sino el de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales. No nos encontramos en estos casos ante particulares que voluntariamente atienden fines de interés general, sino ante personificaciones instrumentales con forma fundacional constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tiene normativamente encomendados. Según afirmamos en nuestro ATC 206/1999, de 28 de julio (RTC 1999, 206 AUTO) , respecto de la condición funcional o laboral del puesto de director general de la Fundación del Teatro Lírico, la entidad, «si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional» (F. 2)...>>.

Es cierto, sin embargo, que esta ubicación en el ámbito del derecho privado y de la libre voluntad del fundador no ha impedido en ningún momento la presencia pública en la comprobación del cumplimiento de los objetivos y de la regularidad de la actuación de las Fundaciones.

La STS de 4 de julio de 2005 contiene una referencia conceptual a la posición del protectorado cuando señala que <<...Por lo demás, ha sido el propio

legislador el que ha venido a confirmar que el artículo 30.4 de la Ley 30/1994 contiene una regla especial respecto de la general de su artículo 35. Así, la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre (RCL 2002, 3042 y RCL 2003, 1065) , de Fundaciones, manteniendo el mismo régimen que en la anterior en lo que respecta, entre otras cosas, a la extinción por la causa que en este caso se ha dado, ha sacado de los artículos 30 y 32 –que regulan la fusión y la extinción, respectivamente– la mención de cuál es la autoridad judicial que ha de resolver los procedimientos judiciales a los que se refieren uno y otro. Ahora es el artículo 43 de la Ley 50/2002 el que sistematiza el régimen de recursos jurisdiccionales en los siguientes términos:

«Artículo 43. Recursos jurisdiccionales

1. Los actos del Protectorado ponen fin a la vía administrativa y serán impugnables ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.
2. Las resoluciones dictadas en los recursos contra la calificación de los Registros de Fundaciones ponen fin a la vía administrativa y podrán ser impugnadas ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.
3. Corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación conocer, de acuerdo con los trámites del proceso declarativo que corresponda, de las pretensiones a las que se refieren los arts. 9.4; 13.2; 17.3; 18.2.d); 18.3; 29.3; 30.4; 32.2, 3 y 4; 35.2 y 42.2 de la presente Ley».

Pues, bien el artículo 32.2 de la nueva Ley reproduce el artículo 30.2 de la Ley de 1994. Este cambio sistemático supone una clara mejora técnica que despeja las dudas que pudieran plantearse con la redacción de 1994 y confirma la interpretación seguida por la Sala de instancia, que guarda sintonía con el planteamiento asumido por la [Sentencia de 20 de diciembre de 2003 \(RJ 2004, 614\)](#) . En definitiva, los actos del Protectorado que ponen fin a la vía administrativa son impugnables ante esta Jurisdicción excepto en los casos en los que la propia Ley los somete al conocimiento de la Jurisdicción civil que es lo que sucede con la negativa a ratificar el acuerdo de extinción tomado por el Patronato en virtud de la causa prevista en el artículo 29 e) de la Ley 30/1994...>>.

II

El Proyecto de Ley de fundaciones

Con vocación de síntesis podemos intentar seguidamente la formulación sistematizada de algunos de los elementos centrales del Proyecto. Podemos resumir los siguientes:

1.- Finalidad

El artículo 2º del Proyecto establece que <<...1. Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus fundadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

2. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley.

3. Las fundaciones contarán con los medios personales y materiales adecuados y con una organización suficiente para garantizar el cumplimiento de los fines estatutarios...>>

Este precepto nos sitúa, por tanto, en la definición del marco general que recalca la voluntad del fundador como elemento central del negocio civil junto con la vinculación permanente y no coyuntural del patrimonio al cumplimiento de dicho fin y, finalmente, y en línea con lo que es la esencia histórica más apreciable de la regulación precedente, la vinculación a fines de interés general.

Una de las características, probablemente, necesitada de concreción es la que se contiene en el último inciso cuando señala que las fundaciones deben contar con los medios personales y materiales adecuados y con una organización que les permita el cumplimiento de los fines estatutarios.

El artículo 3º del Proyecto trata de establecer un concepto más preciso de interés general cuando señala que <<...2. La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas.

Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares.

3. En ningún caso podrán constituirse fundaciones cuya actuación principal esté orientada a:

a) Destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive.

b) Destinar sus prestaciones a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

c) Formalizar negocios jurídicos onerosos con los anteriormente citados....>>.²

² De esta regulación quedan al margen <<...4. No se incluyen en las letras a) y b) del apartado anterior las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español inscritos en el Registro General de bienes de interés cultural o en el Inventario General de bienes muebles contemplados en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, siempre que cumplan las exigencias de dicha ley, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes....>>.

Sin lugar a dudas, el concepto que merece mayor concreción es el previsto en el apartado b) cuando impide que las fundaciones sean elementos instrumentales de una entidad que no persiga fines de interés general. Este carácter instrumental necesita, sin embargo, mayor concreción en tanto en cuanto – como se analiza seguidamente- el Proyecto permite que las fundaciones realicen una actividad mercantil directa.

Esto nos lleva a indicar que cuando la actividad mercantil es directa y hecha conforme a las reglas que se contienen en el propio Proyecto, su actividad es lícita aunque con la citada actividad mercantil se obtengan beneficios. Pero esto es diferente a la conversión de la fundación en un instrumento de una entidad de capital mediante el vaciamiento de su actividad y la realización desde el estatuto de la fundación. Aunque conceptualmente la cuestión pueda ser clara es lo cierto, sin embargo, que este es uno de los elementos más complejos de administrar.

2.- Procedimiento de constitución

Como se acaba de indicar existen dos planos claros en la regulación. El puramente fundacional, representado por la escritura de constitución, los estatutos y la dotación como elemento central de definición de la voluntad del fundador y, un segundo plano, relativo al procedimiento de reconocimiento de la fundación.

En punto a esta segunda parte, el Proyecto señala que <<...1. El fundador o, en su caso, las personas indicadas en el apartado 9.4 de esta ley, solicitarán del Protectorado la expedición de la resolución relativa a la idoneidad de los fines y actividades, así como de la suficiencia y adecuación de la dotación de la fundación en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los artículos 2, 3, 12 y 33 de la presente ley.

La solicitud deberá ir acompañada de los Estatutos de la fundación y de la documentación que acredite la composición inicial de la dotación.

2. El Protectorado dictará y notificará la resolución en el plazo máximo de tres meses, entendiéndose desfavorable si transcurrido dicho plazo la misma no hubiese sido notificada.

No será posible el otorgamiento de la escritura pública de constitución sin la previa resolución favorable del Protectorado, la cual tendrá una vigencia de tres meses desde la fecha en que fuera notificada, periodo durante el que los interesados podrán solicitar ante Notario el otorgamiento de la escritura.

3. Otorgada la escritura fundacional, el Notario, sin perjuicio de la copia o copias autorizadas que entregue a los interesados, en el mes siguiente al otorgamiento, remitirá por vía electrónica una copia simple al Protectorado e instará la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones.

A los anteriores efectos el Notario remitirá al Registro, por medios electrónicos, la solicitud de inscripción, a la que deberá acompañar copia

electrónica autorizada de la escritura de constitución y en su caso del testamento donde conste la voluntad fundacional, todo ello, en la forma que reglamentariamente se determine.

4. Recibida la documentación a que se refiere el apartado anterior, el Registrador, en el plazo de quince días, calificará los documentos presentados y practicará en su caso la inscripción solicitada.

La calificación del Registrador no afectará a aquellos extremos cuyo análisis es competencia del Protectorado de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo.

El Registrador comunicará la inscripción de la fundación a los interesados y al Protectorado en un plazo de tres días a contar desde dicha inscripción.

5. En tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones, el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica...>>.

Se trata de un entramado procedimental con una fuerte presencia de la Administración Pública a través del Protectorado cuando le atribuye la competencia la resolución aprobatoria de la constitución, la comprobación (vía remisión) de la materialización de la escritura en los términos expuestos por la resolución autorizadora y la conexión con el Registrador al que se atribuye la calificación de los documentos y la inscripción en el Registro de Fundaciones.

3.- Gobierno de la fundación

En relación con la regulación de la organización de la fundación hay dos elementos claves: la configuración legal del órgano de dirección y la apuesta por la fijación de reglas de buen gobierno y responsabilidad.

Por lo que a la primera de las cuestiones se refiere cabe indicar que el Proyecto señala que <<...1. En toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, de naturaleza colegiada, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos.

2. Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos....>>

En lo que se refiere al segundo bloque de cuestiones, el artículo 17 del Proyecto se refiere al buen gobierno y la responsabilidad y lo hace en los siguientes términos:

<<...1. Los miembros del Patronato desempeñarán el cargo con la diligencia de

un representante leal, debiendo adecuar su actividad, al menos, a los siguientes principios:

- a) Actuarán con transparencia en la gestión.
- b) Ejercerán sus funciones de buena fe y con la debida dedicación.
- c) Actuarán con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios de las actividades de la fundación.
- d) Ejercerán las facultades atribuidas en la normativa vigente y los Estatutos de la fundación con la finalidad exclusiva para la que les fueron otorgadas y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés, el patrimonio o la imagen que debe tener la sociedad respecto a la fundación.
- e) No se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad.
- f) No se valdrán de su posición en el Patronato para obtener ventajas personales o materiales.
- g) Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento...>>.

Este régimen se completa con la fijación de reglas comunes en relación con la responsabilidad cuando se señala 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...>>

Finalmente, <<...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
- 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....>>.

III

La actividad de las fundaciones

Como señalábamos anteriormente es esta una de las cuestiones más complejas en relación con la situación actual y, por tanto, por la regulación que se establece.

La regulación que se contiene en el artículo 23 del Proyecto nos permite establecer las siguientes referencias:

a) Regla general

Las fundaciones podrán desarrollar actividades propias y actividades mercantiles, las primeras en cumplimiento de fines y las segundas como fuentes de financiación.

La precisión final de que las actividades mercantiles tienen como objeto central la financiación de las actividades propias es consecuencia de la propia opción por las actividades de interés general en el marco de entidades sin ánimo de lucro. En este contexto lo que se obtiene de actividades mercantiles se vincula directamente a la financiación de las actividades propias como forma de obtención o de mayor participación en las actividades de interés general que supone la actividad en cuestión.

b) Definición de actividad propia

Se entiende por actividad propia la realizada por la fundación para el cumplimiento de sus fines y no orientada a la obtención de beneficios, con independencia de que se realice de forma gratuita o mediante contraprestación para compensar gastos.

c) Definición de la actividad mercantil

Se entiende por actividad mercantil la realizada por la fundación, orientada a la obtención de beneficios, cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales, o sea complementaria o accesorio de los mismos, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia.

Esta delimitación se completa con la que se contiene en el apartado 6º cuando se indica que <<...6. No podrá entenderse que las actividades de la fundación se realizan en cumplimiento de sus fines cuando consistan en actividades desarrolladas por sociedades mercantiles o en la adquisición de participaciones de capital y operaciones realizadas en el mercado financiero...>>.

d) Realización de actividades mercantiles

Con carácter general podemos indicar que la actividad mercantil que se puede realizarse desde la propia fundación o mediante la participación en sociedades mercantiles.

Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca....>>

e) La adquisición sucesiva de títulos de capital

Se refiere a esta cuestión el apartado 5º del artículo cuando señala que <<...5. Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación...>>

f) Exclusión de las fundaciones bancarias

Esta exclusión se completa en el apartado 7 cuando señala que <<...7. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las fundaciones bancarias cuya finalidad y actividad principal será la prevista en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias...>>.

IV **El Protectorado**

Como se viene indicando existe un giro importante en el Texto en relación con la delimitación del papel que corresponde a las Administraciones Públicas a través del órgano específicamente delimitado para dicha función que recibe el nombre histórico de Protectorado.

Según el artículo 32 del Proyecto <<...1. El Protectorado es el órgano de la Administración que tiene como fin general velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por el cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines de la fundación, teniendo en cuenta la consecución del interés general. ...>>.

El apartado segundo señala que <<...2. El Protectorado de las fundaciones de competencia estatal será ejercido por un único órgano de la Administración General del Estado en la forma que reglamentariamente se determine...>>.

La función debe centrarse en lo que establece el artículo 34 cuando atribuye al Registro <<...el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en el territorio del Estado español. ...>>.

Esta función tiene ahora en el Proyecto un importante relanzamiento ya que el artículo 42 y siguiente atribuye al Protectorado la tramitación y resolución del conjunto de procedimientos que conforman el régimen de funcionamiento de las Fundaciones. En este sentido, el Proyecto establece una tipificación de las conductas infractoras en leves (referidas, en esencia, a las obligaciones de carácter formal, informativas, relativas a los fondos propios), graves (no

presentación de las cuentas, realización de actuaciones sin autorización del Protectorado, destino de las actividades mercantiles), muy graves (no vinculación con actividades de interés general, disposición de fondos en forma no prevista en la Ley, adopción de acuerdos contrarios al Ordenamiento que causen perjuicio a la fundación, incurso de una causa que justifique la intervención judicial, alcance, malversación).

Este régimen infractor se completa con un régimen sancionador, previsto, en el artículo 39 del Proyecto cuando señala que <<...1. Las infracciones leves serán sancionadas con amonestación. 2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 1.000 euros a 10.000 euros. 3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 10.001 euros a 30.000 euros. Además, se podrá imponer también la sanción de destitución en el cargo de patrono o en el órgano de gobierno de la fundación o la inhabilitación para ocupar cargo de patrono o en el órgano de gobierno de una fundación por un periodo de cinco a diez años..>>.

Desde el punto de vista del control gubernamental el artículo 43 del Proyecto cierra el círculo con la indicación de que <<...1. Las infracciones leves serán sancionadas con amonestación. 2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 1.000 euros a 10.000 euros. 3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 10.001 euros a 30.000 euros. Además, se podrá imponer también la sanción de destitución en el cargo de patrono o en el órgano de gobierno de la fundación o la inhabilitación para ocupar cargo de patrono o en el órgano de gobierno de una fundación por un periodo de cinco a diez años...>>.

La intervención judicial corresponde ex artículo 44 del proyecto al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación.

El modelo así definido tiene, claro está, una fuerte presencia pública. De alguna forma puede decirse, frente a los textos anteriores que la función de supervisión y control de los órganos administrativos sale fuertemente reforzada en su configuración y en las reglas de funcionamiento. La Administración asume así un ámbito de regulación y de control que se completa con el régimen sancionador y la posibilidad de intervención y liquidación de la fundación.

V

Incidencia en el ámbito deportivo

Una vez hechas las anteriores consideraciones en relación con el régimen proyectado de reforma y regulación de las fundaciones nos corresponde ahora

intentar alguna mínima referencia en relación con la incidencia de la modificación en el ámbito del sector del deporte.

Desde nuestra consideración la primera cuestión que debe resolverse es si la práctica deportiva en el seno de una fundación puede revestir la consideración de actividad de interés general.

Podríamos teorizar sobre esta cuestión pero lo razonable es centrarse en lo que ya han indicado las interpretaciones precedentes. En concreto, la STS de 22 de noviembre de 2011 señala en una materia que guarda una conexión conceptual evidente con la planteada que <<...el procedimiento para la declaración de utilidad pública, regulado en el [Real Decreto 1740/2003 \(RCL 2004, 68\)](#) , preceptúa la remisión de una copia de la solicitud y de todo el expediente a las Administraciones Públicas que tengan competencia respecto de los fines estatutarios y actividades de la asociación para que informen sobre los requisitos exigibles y la procedencia de la declaración de utilidad pública, con el fin de que cuenten con la mayor información posible a la hora de decidir al respecto.

La resolución recurrida se funda para denegar la declaración de utilidad pública de la parte recurrente en el informe emitido por el Departamento de Gestión Tributaria del Ministerio de Economía y Hacienda, de 22 de mayo de 2006, que informa desfavorablemente sobre la calificación de la entidad solicitante como asociación de utilidad pública (folios 49 y ss. del expediente). En dicho informe se dice que, de acuerdo con los datos que obran en su poder, las actividades realizadas por la entidad recurrente consisten en la prestación de servicios de carácter deportivo, tanto a socios como a terceros, mediante contraprestación económica, lo que revela que las actividades realizadas por la entidad no van dirigidas a beneficiar directamente a una colectividad genérica de personas, por lo que estima que no queda garantizado el cumplimiento del requisito establecido en el art. 32.1.a) de la LO 1/2002 , relativo a que los fines estatutarios de la entidad tiendan a promover el interés general.

Conforme al artículo 3 de los Estatutos de la sociedad recurrente, ésta tiene como finalidad principal el fomento, la práctica y la difusión de la natación, las actividades relacionadas con el medio acuático y el deporte en general; añadiendo que su principal modalidad deportiva es la natación (en sus disciplinas de natación y waterpolo), si bien consta que se dedica también a la modalidad de triatlón, para las que se afiliará a la Federación Catalana correspondiente. En este orden de consideraciones, no debemos olvidar que conforme al artículo 44 de la [Ley 10/1990 \(RCL 1990, 2123\)](#) del Deporte , los clubs deportivos que participen en competiciones oficiales de ámbito nacional podrán ser reconocidos de utilidad pública.

Sin embargo, la memoria de actividades del período 2002 a 2004, obrante en el expediente administrativo, pone de manifiesto que los servicios y actividades deportivas desarrolladas por la entidad se pueden agrupar en dos áreas: de competición y social. En la primera se encuadra la organización de

competiciones federadas, relativas a los deportes de natación, waterpolo y triatlón, y la prestación de servicios deportivos de formación, entrenamiento y perfeccionamiento a los deportistas federados para la práctica de los deportes citados. El área social del Club es la que reúne mayor número de actividades y servicios, cuyos usuarios habrán de abonar el precio fijado por el Club.

De lo anteriormente expuesto se desprende que la actividad realizada por la entidad recurrente parece centrada fundamentalmente en la prestación de servicios mediante contraprestación, lo que constituye su área social, que va dirigida a beneficiar directamente a una colectividad genérica de personas, ya que no debemos olvidar que nos hallamos ante una entidad que es concesionaria en la gestión de piscinas municipales de Manresa, siendo el Ayuntamiento quien fija los precios, en el caso de hallarnos ante actividades no gratuitas, que son las mayoritarias. Si bien de la documentación que consta en las actuaciones, y concretamente, de la memoria de actividades, se deriva que la actividad de índole económica que realiza la parte actora, esto es, la prestación de servicios, genera un volumen de ganancias que supera el millón de euros en cada una de las dos temporadas de 2003 y 2004, lo cierto es que los propios Estatutos prevén (artículo 36.2 sobre régimen económico) que las posibles rentas de las actividades económicas se deberán de aplicar a la conservación y el desarrollo de sus objetivos sociales; es por ello por lo que ha de entenderse que los ingresos obtenidos por la entidad recurrente como consecuencia del cumplimiento de su objeto social se reinvierten en la consecución del fomento, práctica y difusión de la actividad deportiva. Dicho precepto establece que en ningún momento pueden repartirse beneficios entre sus asociados y directivos, tampoco los miembros de la Junta Directiva podrán obtener compensación económica alguna a consecuencia del cargo que ejercen (artículo 9.8 de los Estatutos). No podemos compartir con la Agencia Tributaria que la actividad que desarrolla la parte recurrente responda a una explotación económica de prestación de servicios, de naturaleza privada y particular, y no de interés general, toda vez que hemos de convenir con la asociación recurrente en que lo determinante no es la obtención de un beneficio económico, sino el destino al que éste va dirigido, ya que el Club de referencia al reinvertir los recursos económicos, precisamente lo que permite y facilita es el cumplimiento de los objetivos sociales. Es cierto, como señala la Sentencia de instancia, que no cabe equiparar interés general con gratuidad o ausencia de ánimo de lucro, habida cuenta de que, como indicábamos anteriormente, no existe una equivalencia entre ánimo de lucro y contraprestación por servicios prestados, en línea con lo dispuesto en la Ley 49/2002 de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, que establece como uno de los requisitos para que las entidades sin fines lucrativos sean conceptuadas como tales, el que destinen a la realización de dichos fines al menos el 70% de las rentas e ingresos procedentes de las explotaciones económicas que desarrollen. En consecuencia, no cabe entender que la prestación onerosa de un servicio conduzca necesariamente a conceptuar que la asociación que lo presta carezca de interés general, por cuanto que para ello habrá que tener en cuenta las

actividades que realiza para el cumplimiento de su objeto social, si éstas redundan en beneficio de la colectividad, y del destino al que se aplican los ingresos que la entidad pudiera obtener.

En conclusión, procede acoger el motivo que examinamos, habida cuenta de que la Sentencia impugnada ha infringido lo establecido en el mencionado artículo 32 de la >Ley Orgánica 1/2002 (RCL 2002, 854) respecto de los requisitos exigibles para la declaración administrativa de utilidad pública, lo que nos lleva a estimar el recurso de casación que nos ocupa, y con ello, revocar y casar la sentencia impugnada, debiendo acceder a la declaración de utilidad pública interesada...>>.

Ahora bien, la cuestión no será, por tanto, la de si estamos o no en una actividad de interés general pero sí la de los términos en lo que se realiza y, sobre todo, la vinculación con la actividad central que pueden realizar las entidades fundacionales respecto de su fundador cuando éste es una sociedad de capital.

Esto nos enlaza con el problema anteriormente expuesto en relación con las actividades mercantiles que puede realizar la fundación y la imposibilidad de ser el instrumento interpuesto de una actividad comercial realizada desde las entidades de capital. En el ámbito de la actividad deportiva es claro que cuando la fundación realiza una actividad general no se plantearan, por tanto, problemas adicionales. La cuestión –que ya ha sido debatida tantas veces- es si esa actividad puede ser la formación y especialización de una cantera de la SAD que constituye la fundación.

En este ámbito, sin duda, es donde se plantean mayores dificultades porque el interés general se difumina, de un lado, y la aparición del factor instrumentalidad de una sociedad de capital aparece, también, con nitidez.

Madrid, septiembre de 2014.

© **Alberto PALOMAR OLMEDA** (Autor)

© **Iusport** (Editor). 997-2014

www.iusport.com