



ANTEPROYECTO DE LEY DE FUNDACIONES:
VALORACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
FUNDACIONES SOBRE EL ANTEPROYECTO Y SUS
PRINCIPALES NOVEDADES

ÍNDICE DE CONTENIDOS

¿CUÁL ES LA DIMENSIÓN DEL SECTOR FUNDACIONAL Y CÓMO LE HA AFECTADO LA CRISIS?	2
¿A QUÉ FUNDACIONES AFECTA EL ANTEPROYECTO?	3
¿ES NECESARIA UNA NUEVA LEY DE FUNDACIONES?	3
¿QUÉ DEMANDA EL SECTOR DESDE HACE 20 AÑOS Y POR QUÉ?	4
¿CUÁLES SON LOS OBJETIVOS DEL ANTEPROYECTO?	5
¿CONTRIBUYE EL TEXTO A LOGRAR ESTOS OBJETIVOS?	5
¿CUÁLES SON LAS CONCLUSIONES DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES?	7
¿QUIERES CONOCER EN DETALLE LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NORMA Y CÓMO PUEDEN AFECTAR A LAS FUNDACIONES?	8
• Concepto de fundación	
• Constitución de fundaciones	
• Patronato y medidas de buen gobierno	
• Procedimientos de autorización y comunicación: discrecionalidad del protectorado	
• Extinción de fundaciones	
• Régimen sancionador	
• Control de los beneficios fiscales	

¿CUÁL ES LA DIMENSIÓN DEL SECTOR FUNDACIONAL Y CÓMO LE HA AFECTADO LA CRISIS?

Principales cifras del sector fundacional:

- + 9.000 fundaciones activas.
- + 29 millones de beneficiarios.
- + 180.000 trabajadores.
- + Aportación de 8 mil millones de euros al PIB del país.
- + Realizan actividades en ámbitos diversos de interés general: social, educativo, medioambiental, de investigación o cultural, entre otros.
- + La mayoría son pequeñas y medianas fundaciones o micro fundaciones.
- + Es un sector de financiación mayoritariamente privada, con diversa tipología:
 - Fundaciones que se financian con los rendimientos de su patrimonio, generalmente financiadoras de la actividad de otras entidades sin fines de lucro (becas, ayudas, financiación de proyectos de desarrollo, a otras fundaciones y asociaciones, etc ...).
 - Fundaciones que se financian con donaciones, aportaciones de empresas o donativos de particulares y que llevan a cabo sus propios programas.
 - Fundaciones que financian sus propias actividades en el mercado, como centros educativos, centros especiales de empleo, residencias, centros de día, etc ...

Durante el período de crisis:

- ✚ Se han extinguido cerca de 1.000 fundaciones.
- ✚ Se han reducido sus ingresos en casi 2.000 millones de euros, a pesar de lo que el sector ha mantenido el gasto y el número de beneficiarios, a costa de mermar sus recursos propios.
- ✚ Respecto al empleo, se trata de un sector contra cíclico que, a diferencia de otros, ha seguido creando empleo hasta el 2011 y lo ha visto reducido en menor medida que otros sectores a partir de ese año.

Para obtener más información sobre el sector y su impacto económico pueden consultarse los informes del *Instituto de Análisis Estratégico de Fundaciones*, de la Asociación Española de Fundaciones: <http://www.fundaciones.org/es/publicaciones-inaef>

¿A QUÉ FUNDACIONES AFECTA EL ANTEPROYECTO?

- ✚ A las FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL y a ALGUNAS FUNDACIONES DE COMPETENCIA AUTONÓMICA, las de aquellas Comunidades que no hayan aprobado su propia ley.
- ✚ Además, la ley tiene artículos que son de aplicación general a TODAS las fundaciones, por desarrollar el art. 34 de la Constitución, que reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, o a algunas fundaciones autonómicas aun cuando cuenten con normativa propia.

¿ES NECESARIA UNA NUEVA LEY DE FUNDACIONES?

La AEF **NO** considera necesaria una nueva Ley de Fundaciones, pero pide la puesta en marcha del protectorado de competencia estatal y del registro único de fundaciones:

- ✚ El sector no ha pedido una modificación de la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, ni una nueva ley de fundaciones, por considerar que la actual norma ofrece instrumentos y regulación suficientes para garantizar el ejercicio del derecho y la adecuada supervisión de las fundaciones.
- ✚ Son necesarias medidas de índoles material, pero no nuevas normas.

¿QUÉ DEMANDA EL SECTOR DESDE HACE 20 AÑOS Y POR QUÉ?

- ✚ La puesta en marcha del PROTECTORADO y el REGISTRO ÚNICO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL:
 - Ambas figuras están contempladas en la legislación actual y nunca se han cumplido.
 - Es, precisamente, la mejor forma de cumplir los objetivos que ahora se proponen con una nueva ley.
 - Es coherente con la propuesta hecha en 2012 por la sección especial para la revisión del sistema de protectorado y registro de fundaciones, en el seno de la Comisión General de Codificación del propio Ministerio de Justicia.
 - Estaba previsto en el programa electoral del partido del Gobierno.
 - Acabaría con la dispersión administrativa de los protectorados estatales, unificaría el criterio para la aplicación de una misma norma (tantos como protectorados en la actualidad), reduciría la inseguridad jurídica y la discrecionalidad administrativa, daría más transparencia al sector y mejor y más fácil acceso a la información por parte de los ciudadanos. También mejoraría la interlocución de las fundaciones con la administración pública.
 - La atribución del registro de fundaciones a los registradores, aún sin ser las fundaciones sociedades mercantiles y presentar diferencias significativas, dotaría también al sector de más transparencia y mayor seguridad jurídica a terceros que se relacionan con las fundaciones: beneficiarios, proveedores, acreedores y sociedad en general. Las fundaciones son un operador económico más que prestan bienes y servicios en áreas sociales relevantes.
 - La tramitación de una nueva ley retrasaría la puesta en marcha de estas medidas que no se cumplirían en esta legislatura.
- ✚ La MODERNIZACIÓN del protectorado:
 - No está concebido como un organismo supervisor y regulador similar al previsto para otros sectores que actúan en áreas de interés general.

- Debe contar con recursos materiales y humanos adecuados para que sean eficaces los instrumentos de supervisión que contempla la legislación.
- ✚ La RENDICIÓN DE CUENTAS ANUAL como núcleo de la supervisión de las fundaciones:
 - Las medidas anteriores lo permitirían, facultando al protectorado para ejercer las acciones legales ya previstas en la legislación frente a la fundación y sus patronos en casos de abuso, eliminando un sistema de autorizaciones previas que hace del ejercicio del derecho de fundación un régimen concesional, trasladando al protectorado facultades de gestión que corresponde al órgano de gobierno.

¿CUÁLES SON LOS OBJETIVOS DEL ANTEPROYECTO?

Conforme a la exposición de motivos, entre otros:

- ✚ Garantizar el adecuado ejercicio del derecho de fundación.
- ✚ Acabar con la dispersión de protectorados existente en el ámbito de la Administración General del Estado.
- ✚ Hacer realidad el registro único de fundaciones.
- ✚ Otorgar, en los casos que corresponda, determinados beneficios fiscales.
- ✚ Incrementar la transparencia en la actividad de las fundaciones.

No es necesaria una nueva ley para cumplir estos objetivos.

¿CONTRIBUYE EL TEXTO A LOGRAR ESTOS OBJETIVOS?

Los objetivos, que son plenamente compartidos, difícilmente se cumplirán con la propuesta:

- ✚ No garantiza el adecuado ejercicio del derecho de fundación sino que lo limita: un paso atrás respecto a la legislación vigente.
- ✚ Retrasa la puesta en marcha de las medidas necesarias para acabar con la dispersión de protectorados y registros
- ✚ No garantiza una mejor aplicación de los beneficios fiscales: desconoce que la forma jurídica fundación no implica por sí misma la aplicación del régimen fiscal más beneficioso para estas y sus donantes. Muchas fundaciones no se acogen al régimen de beneficios, y otras no pueden acogerse por incumplimiento de los requisitos previstos en la ley fiscal. En la práctica, la colaboración entre protectorados y administración tributaria, ya está prevista en la legislación actual y se realiza. No introduce ninguna nueva medida.
- ✚ No especifica si las atribuciones de supervisión del protectorado son puramente formales o pueden implicar una supervisión material de la actividad fundacional y, en su caso, de qué forma.
- ✚ La gran novedad en materia de transparencia consiste en obligar a las fundaciones a publicar sus cuentas anuales en su web. Esta medida, que la AEF valorada positivamente:
 - Desconoce que un porcentaje importante de fundaciones no tiene web.
 - No contempla la posibilidad de hacerlo en otra web o en la de la propia administración.
 - No regula la obligación de los protectorados de dar a conocer información global sobre el sector y los documentos depositados en el registro, que son públicos, e incluyen el plan de actuación y las cuentas anuales, incluida la memoria de actividades.
 - No introduce ninguna novedad en materia de auditoría: las fundaciones que reciben subvenciones y contratan con la administración pública, ya están obligadas a auditarse en los mismo términos que cualquier otro contratista.
- ✚ Introduce un régimen sancionador que, a diferencia del previsto para las sociedades en general, incluidas las cotizadas, establece la responsabilidad directa de los patronos, nunca de la fundación. Es aún más rígido que el previsto para estas últimas.

¿CUÁLES SON LAS CONCLUSIONES DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES?

- ✚ El anteproyecto puede suponer un freno a muchas de las actividades que desarrollan en la actualidad las fundaciones, independientemente de su tipología, origen y forma de financiación, muchas de ellas en colaboración con otras entidades privadas y en muchos casos con las administraciones públicas.
- ✚ El anteproyecto no introduce modificaciones que justifiquen una nueva ley.
- ✚ Las características del anteproyecto son:
 - Intervencionismo: convierte el derecho de fundación para fines de interés general en un régimen concesional.
 - Reglamentismo.
 - Inseguridad jurídica.
- ✚ Dificulta la gestión de las fundaciones y traslada facultades de gestión al protectorado.
- ✚ Todos los costes de la reforma recaen sobre el sector y en ningún caso a la administración pública.

¿QUIERES CONOCER EN DETALLE LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NORMA Y CÓMO PUEDEN AFECTAR A LAS FUNDACIONES?

Concepto de fundación.

El texto del anteproyecto devuelve a las fundaciones al concepto clásico de entidades de beneficencia:

- ✚ No deja claro qué actividades pueden o no pueden desarrollar.
- ✚ Introduce una distinción entre lo que considera actividades propias y mercantiles totalmente confusa.
- ✚ Concibe la ausencia de ánimo de lucro como la no obtención de un beneficio y no, como se recoge en el resto del ordenamiento, como el no reparto ni directo ni indirecto de las ganancias obtenidas.
- ✚ Esto puede suponer que una fundación que se financia con las cuotas de sus usuarios o beneficiarios, cubran el coste del servicio o sean superiores al coste, no serán consideradas actividades propias de la fundación. Esto puede afectar a colegios, residencias, o centros asistenciales y, significativamente a fundaciones que contraten con la administración pública la prestación de muchos servicios, principalmente en el ámbito autonómico y local.
- ✚ Tampoco queda claro si la gestión del patrimonio fundacional, por el que necesariamente deberán obtenerse beneficios para poder sufragar las actividades fundacionales puede ser considerado o no una actividad propia de una fundación.
- ✚ Desconoce que la participación de la fundación en sociedades mercantiles no se produce como pura actividad de inversión o de captación de recursos, sino como forma de realización del fin fundacional. Esto puede poner en peligro la inversión de las fundaciones en actividades de investigación, o el desarrollo de muchas actividades asistenciales, como centros especiales de empleo, empresas de inserción o empresas sociales, que se realizan por sociedades participadas por la fundación.

- ✚ No se trata por tanto de actividades “instrumentales” ni de instrumentalizar la figura fundacional, como señala la exposición de motivos.
- ✚ Considera como fundamento de la distinción entre actividad propia y mercantil el favorable tratamiento fiscal de las fundaciones. Sin embargo:
 - La norma no contiene la regulación fiscal de las fundaciones y, de hecho, es contraria a la actual Ley 49/2002.
 - Desconoce que el mero otorgamiento de un beneficio fiscal no supone una ventaja competitiva frente a otros operadores, debiendo ponerse de manifiesto tal vulneración.
 - Desconoce que, como prestadoras de servicios, las fundaciones están desfavorablemente tratadas respecto a otros operadores al no poder deducir la mayor parte del IVA soportado en muchas operaciones.

Constitución de fundaciones

- ✚ El APLF establece como novedad, que “las fundaciones deberán contar con los medios personales y materiales adecuados y con una organización suficiente para garantizar el cumplimiento de los fines estatutarios”. El APLF parece mantener que la fundación deberá contar con una estructura, desconociendo que cerca del 40% de las fundaciones que conforman el sector tiene un presupuesto inferior a 30.000 euros, y que muchas fundaciones son gestionadas por su patronato, cargos gratuitos, sin necesidad de contar con una estructura ni con más medios humanos o materiales, pues dedican sus recursos a financiar actividades de otras entidades sin fines de lucro.
- ✚ Se sigue exigiendo como dotación inicial mínima para constituir una fundación una aportación de cualesquiera bienes y derechos valorados en 30.000 euros, pero se elimina la posibilidad de desembolso sucesivo en cinco años, en aquellos casos en los que la dotación sea dineraria, tal y como se establece en la actual norma.
- ✚ El fundador o fundadores, deben solicitar del protectorado la expedición de la resolución relativa a la idoneidad de los fines y a la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional. El protectorado dispone de un plazo máximo de tres meses, entendiéndose desfavorable si transcurrido dicho plazo no hubiera resolución. A juicio de la AEF el silencio debería ser positivo y no negativo.

Patronato y medidas de buen gobierno

✚ Gratuidad del cargo.

El APLF establece, como la norma actual, el carácter gratuito del cargo de patrono, manteniendo la posibilidad de 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.

El APLF establece que la asignación de retribución será objeto de previa autorización o comunicación al protectorado en los supuestos y en la forma que "legal y reglamentariamente" se determinen. No se determina por tanto si se trata de un procedimiento de autorización o comunicación. Con una comunicación bastaría y permitiría al protectorado ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas frente a la fundación o los patronos.

✚ Diligencia y responsabilidad de los patronos.

Como novedad, el APLF establece una serie de principios a los que los patronos deberán adecuar su actividad que, aunque indeterminados en algunos casos, contribuyen a fijar el estándar de diligencia y, por tanto, los supuestos de responsabilidad de los patronos frente a la fundación.

✚ Acción de responsabilidad.

El APLF mantiene como sujetos legitimados para entablar la acción de responsabilidad al propio patronato, al protectorado, a los patronos disidentes o ausentes o al fundador. Pero además, el APLF establece de forma expresa la posibilidad de entablar la acción de responsabilidad frente los patronos, a los acreedores de la fundación, siempre que el patrimonio fundacional resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Esta posibilidad ha sido tradicionalmente discutida por la doctrina pero, aun admitiéndola, no es posible establecer una responsabilidad objetiva, sino que deberá mediar culpa o negligencia del patrono, cuestión que debería matizarse.

✚ Código de buen gobierno.

El APLF establece la obligación de todas las fundaciones de impulsar la aprobación y difusión de sus propios códigos de buen gobierno.

La AEF ha recomendado a todas las fundaciones que adopten y acuerden las prácticas de buen gobierno que deben regir la actuación de la entidad y de los patronos, pero no necesariamente la mejor forma de hacerlo es a través de un "código". El buen gobierno se concreta en una serie de prácticas de hecho, y no siempre en la existencia o no de un "corpus" de normas.

Una parte importante del sector cuenta con presupuestos inferiores a 30.000 euros anuales, no tiene personal y el patronato está compuesto por tres personas.

✚ Contratación con personas o entidades vinculadas.

Bajo esta rúbrica, el artículo 26 del APLF sustituye la regulación de la denominada autocontratación en la Ley 50/2002, extendiendo los supuestos a otros en los que pueda darse un conflicto de interés (no sólo patronos, sino fundador o fundadores, cónyuges o familiares de los patronos o entidades de las que sean partícipes los patronos o sus familiares o en las que la propia fundación sea socio o partícipe). En determinados casos será suficiente una comunicación mientras que en todos los demás, será necesaria autorización previa.

Estas medidas, siendo favorables a la transparencia, dificultan la gestión si el procedimiento es de autorización y no de comunicación.

Por otra parte desconocen que un patrono no es un accionista y que la fundación no es una entidad participada. Además, al utilizar el término "vinculación" puede dar lugar a confusión con los supuestos de vinculación previstos en la normativa fiscal y contable, a lo que también está sujetas las fundaciones tanto en lo que se refiere al Impuesto sobre Sociedades como al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Tampoco representa una total novedad puesto que en la memoria de las cuentas anuales las fundaciones ya están obligadas a recoger las operaciones con partes vinculadas, siendo esta una información de la que ya dispone el protectorado en la actualidad.

✚ Transparencia.

Como novedad, el APLF establece en el artículo 22.4 la obligación para todas las fundaciones, independientemente de su tamaño o forma de financiación, de disponer de página web, en la que deberá publicarse determinada información (actividades, plan de actuación, perfil de los cargos, ...).

La AEF siempre ha mantenido la necesidad de publicar en la web las cuentas anuales de la fundación. Sin embargo, un porcentaje importante de fundaciones, por sus dimensiones, no dispone de página web.

Sería por tanto necesario que se contemplara la posibilidad de que dicha publicidad se haga, bien a través de la web de la administración, bien a través de otros portales específicos de fundaciones como www.fundaciones.es promovido por la AEF y que es la única fuente centralizada de información básica sobre fundaciones que hay en este momento.

Por otra parte, la propuesta parece desconocer la obligación del protectorado de dar a conocer la información básica de las fundaciones, incluidas las cuentas anuales depositadas, y de fomentar los estudios sobre el sector.

La disposición reitera además medidas ya recogidas en la Ley de Transparencia.

✚ Auditoría.

No se introducen novedades en cuanto a la auditoría. En la práctica, la obligación de auditarse de las fundaciones que reciben subvenciones por encima de determinados umbrales o que tienen contratos con la Administración, ya está recogida en el reglamento de desarrollo de la Ley de Auditoría y es de aplicación a las fundaciones en la actualidad.

Procedimientos de autorización y comunicación: discrecionalidad del protectorado

✚ Comunicaciones y autorizaciones.

Se mantiene la necesidad de solicitar autorización previa para disponer de bienes y derechos de la dotación fundacional. La AEF siempre ha pedido que los procedimientos sean de comunicación, para no dificultar la gestión.

Al contrario, el APLF incluye nuevas autorizaciones no previstas en la norma actual: para la modificación de estatutos si afecta a los fines fundacionales o a la voluntad del fundador o fundadores, y para la fusión de fundaciones, si la misma afecta a los fines o a la voluntad del fundador o fundadores. Cualquier aspecto de los estatutos de la fundación afecta a la voluntad fundacional.

✚ Proporcionalidad entre ingresos y gastos y facultades del protectorado.

La ley modifica la regla de destino de rentas e ingresos que obtenga la fundación al cumplimiento de los fines, redactada de forma bastante confusa y añade que “deberá existir una adecuada proporcionalidad entre los recursos empleados, las actividades realizadas y los fines conseguidos”. Y añade que “el protectorado podrá solicitar del patronato la información necesaria para valorar dicha adecuación en relación con el cumplimiento del destino de ingresos”.

Se introduce por tanto una enorme discrecionalidad que, en la práctica, desvirtúa la regla del destino de rentas e ingresos.

Régimen sancionador

Una de las principales novedades del APLF es la introducción de un régimen sancionador, no previsto en la actualidad, creando a tal efecto un nuevo título, el IX (artículos 36 a 40):

- ✦ Dicho régimen no parece justificado.
- ✦ Establece la responsabilidad exclusiva, directa, objetiva y, en todos los casos, de los patronos (lo que no sucede ni en las cotizadas). Además, podría contener múltiples aspectos inconstitucionales.
- ✦ La potestad sancionadora se atribuye al protectorado de las fundaciones de competencia estatal respecto de las fundaciones de su competencia, es decir, las de ámbito estatal. La mera existencia de fondos propios negativos es sancionable.

Control de los beneficios fiscales

- ✦ La exposición de motivos plantea la comunicación del protectorado a la administración tributaria, de aquellas fundaciones que no hayan cumplido con sus obligaciones. Esa comunicación ya está contemplada en la normativa actual, siendo obligación del protectorado informar a Hacienda de las fundaciones que no hayan rendido cuentas en forma y plazo.

Coste de la reforma

- ✚ Las medidas que se proponen representarán mayores costes de gestión para las entidades. En ningún caso para la administración.
- ✚ En particular, debe advertirse que la disposición adicional duodécima impone a las fundaciones ya constituidas la obligación de promover la inscripción y "traslado" de sus expedientes de los registros de fundaciones existente al Registro Mercantil. Esto es algo que debería asumir la administración de oficio.

Puede consultarse más información sobre el anteproyecto así como otra información de interés en www.fundaciones.org