



PREÁMBULO.

La Asociación de Fundaciones Andaluzas (en adelante AFA) cuenta entre sus fines el de constituir una voz propia de defensa y representación de los intereses del sector, dialogando con otros interlocutores públicos y privados, según recoge de forma textual el artículo 6.I.b) de sus Estatutos.

En virtud de ello, y del peso específico de esta Asociación en el sector fundacional andaluz desde el mismo momento de su nacimiento, la AFA fue reconocida por los distintos organismos públicos intervinientes en el proceso de redacción, aprobación y publicación de la Ley 10/2005 de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como interlocutor válido, y como agente social interesado en dicho proceso, de tal forma que desde la AFA se elaboró un informe sobre el proyecto de dicha Ley, recabando previamente a su emisión el sentir que sobre dicho texto expresaron las fundaciones asociadas a la AFA, y que fue presentado ante el Parlamento de Andalucía el 26 de octubre de 2004.

Como resultado de dicho informe, gran parte de las sugerencias recogidas en él fueron introducidas en el texto definitivo de la norma por consenso, en su mayoría, de todos los grupos parlamentarios.

La Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía entró en vigor el 17 de septiembre de 2005, y en su Disposición Final Primera autoriza al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Ley. En virtud de ello, la Consejería competente en materia de fundaciones, la de Justicia y Administración Pública, publicó en el BOJA del 20 de abril de 2007 anuncio estableciendo plazo para alegaciones al texto del Proyecto de Decreto del Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Procedemos pues a realizar dichas alegaciones sin otra pretensión que la de contribuir a la mejora del texto y de su aplicación, basándonos en el conocimiento que AFA tiene de los problemas prácticos con los que las fundaciones se enfrentan a diario al aplicar la Ley a la gestión de sus entidades, y los esfuerzos interpretativos que ello exige, ya no sólo por parte de las fundaciones, sino también de la propia Administración.

Entre los problemas más acuciantes necesitados de ser “aclarados” por el Reglamento de desarrollo de la Ley se encuentra, entre otros, el de la constitución de las fundaciones. Existen grandes divergencias entre el proceso regulado en ese sentido por la Ley, y el proceso real de constitución, existiendo obligaciones en éste, que no se recogen en aquél, generando por lo tanto gran confusión y lo que constituye una de las asignaturas pendientes del sector: intentar rebajar los plazos de constitución y primera inscripción de las fundaciones en Andalucía.

Otra cuestión que genera problemas de aplicación práctica es la del cumplimiento de la obligación de informar sobre el destino de rentas al cumplimiento de fines fundacionales, y acreditar el efectivo gasto de un mínimo del 70% de las mismas al desarrollo de los fines fundacionales. Los problemas en este sentido los produce la profusa y confusa terminología utilizada en los distintos textos legales de aplicación, requiriendo la situación actual de un esfuerzo de síntesis y de unidad de criterio para



establecer los conceptos contables a tener en cuenta para llevar a cabo los cálculos legales a estos efectos.

Existen otras cuestiones que deben ser abordadas de forma necesaria por el Reglamento y que en la actualidad están por completo ausentes del texto del proyecto, como es la cuestión de las fundaciones del sector público, en concreto el desarrollo del artículo 55 de la Ley 10/2005, donde se establece de forma muy confusa el concepto de dichas fundaciones, generando una necesidad imperiosa de interpretación y apoyo a dicho artículo, que debiera ser satisfecha en este Reglamento.

Por otra parte, los mecanismos de comunicación y/o autorización previa del Protectorado vinculados a procesos que pueden pertenecer al ámbito operativo común de las Fundaciones y la tendencia a la proliferación de documentos en las relaciones entre éstas y la Administración restarán, sin duda, flexibilidad a su funcionamiento dejando restringido el modelo fundacional a organizaciones con aparatos administrativos sobrecargados por estas exigencias.

El Reglamento entra de lleno en aspectos de competencia reguladora autonómica como son las cuestiones relativas al régimen de contabilidad y auditoría, relaciones y funciones del Protectorado y el Registro, así como de otros órganos como el Consejo Andaluz de Fundaciones. Sin embargo deja de lado cuestiones, a nuestro juicio de gran utilidad, como el establecimiento de normas homogéneas para el funcionamiento de los Patronatos, aplicables en ausencia de regulación en los propios estatutos, de forma similar a como hace el Reglamento estatal.

La unificación de los Protectorados existentes en un único órgano es desde nuestro punto de vista una decisión acertada, aún cuando se habrá de avanzar mucho en su estructura orgánica para que pueda ejercer la amplitud de funciones que se le asignan y que requieren profesionales con muy diferentes tipos de especialización técnica y un altísimo grado de cualificación.

Para la elaboración de este informe se han tenido en cuenta, además de la Ley de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y el proyecto de decreto de dicha Ley, la normativa tanto sustantiva, como contable existente, tanto a nivel estatal, como en el ámbito de otras comunidades autónomas.

INFORME REGLAMENTO. PARTE DISPOSITIVA.

A continuación se exponen motivadamente las alegaciones concretas al articulado del Proyecto de Decreto del Reglamento de las fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ARTÍCULO 1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO.

Se propone incorporar un apartado más en el apartado 2 de este artículo en el que se incluyan las fundaciones que gestionan la obra social de las cajas de ahorros con domicilio social en Andalucía, según lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley 10/2005.

También se propone, de acuerdo a lo establecido en el Art. 6.2, 2º párrafo incluir las fundaciones que teniendo su ámbito de actuación principal en el extranjero, tengan su domicilio en Andalucía.

ARTÍCULO 3.- DENOMINACIÓN DE LAS FUNDACIONES.

Se refiere a la utilización del nombre o seudónimo de una persona física o de la denominación o acrónimo de una persona jurídica distintos del fundador, y se dice que “deberá contar con su consentimiento expreso o, en caso de ser incapaz, con el de su representante legal”. Esta es una cuestión que procede de la Ley 10/2005 y que ha sido motivo de diferente interpretación al quedar en una situación ambigua si el posesivo “su” se refiere al fundador o a la persona física o jurídica cuyo nombre se pretende utilizar. El Reglamento debería aprovecharse para aclarar esta cuestión.

El último párrafo del apartado 1 establece lo siguiente:

“La utilización del nombre de una persona física fallecida distinta del fundador deberá contar con el consentimiento de sus sucesores”.

Se entiende necesario sustituir el término “sucesores” por el de “herederos” que es el término utilizado por el Código Civil en su artículo 660 para denominar al que sucede a título universal.

ARTÍCULO 5. CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES Y DOTACIÓN FUNDACIONAL.

Se propone la siguiente redacción para acomodar la regulación del procedimiento de inscripción a la realidad actual en cuanto a la documentación, etc., que en la actualidad exigen los Protectorados.

ARTÍCULO 5. CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES Y DOTACIÓN FUNDACIONAL.

1. De conformidad con el Art. 14 de la Ley 10/2005, el fundador deberá justificar la adecuación y suficiencia de la dotación inicial de la fundación, que exige, en todo caso, la aportación de

documento que acredite su realidad, según se dispone en este mismo artículo.

El fundador deberá aportar también, acompañando a la escritura de constitución en el momento de la solicitud de primera inscripción al Registro de Fundaciones de Andalucía, un informe económico que refleje el primer programa de actuación de la fundación, con indicación específica de los gastos en los que necesariamente vaya a incurrir para su desarrollo, así como de los recursos con los que cuenta para cubrir dichos gastos. Para acreditar dichos recursos no podrá contarse con la dotación fundacional si ésta fuese dineraria, o si siendo en especie, los bienes o derechos aportados no pudiesen ser utilizados para el desarrollo de dicho programa de actuación.

El estudio económico de viabilidad deberá contener, al menos, una relación de aquellos otros medios económicos materiales o personales, distintos de la dotación inicial prevista, que permitan a la fundación a corto o medio plazo el cumplimiento de sus fines o subvenir otros medios económicos que posibiliten a la fundación la consecución de aquéllos. Habrá de aportarse la documentación que acredite que efectivamente se va a poder contar con esos medios. Si se tratase de dinero, certificado bancario, si fuese compromiso de aportaciones futuras, debe aportarse el compromiso por escrito y debidamente firmado por el compromitente.

Entendemos necesario hacer aquí un llamamiento a la Administración en el sentido de que en la actualidad, y como se ha comentado en el preámbulo, existe una gran divergencia entre los requisitos que exige la Ley para la constitución de una fundación, y los que, una vez iniciado el trámite, se exige por los Protectorados y el Registro para la inscripción definitiva. Como consecuencia de ello, los procedimientos de constitución se llegan a dilatar incluso más allá de los doce meses desde que se inician, incluso desde que se otorga escritura de constitución y se realizan las correspondientes aportaciones a la dotación, lo cual puede tener consecuencias incluso de naturaleza fiscal para los fundadores. A esto es a lo que responde la redacción propuesta que, aunque ajustada a lo que se exige en la práctica por el Protectorado, no es en nuestra opinión la correcta.

En este sentido, no podemos dejar de hacer una reflexión sobre la dudosa legalidad de lo que se establece en el Reglamento para la constitución de una fundación:

La suficiencia de la dotación fundacional viene regulada en el artículo 12 de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones que establece que:

“La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros.

Cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos”.

De acuerdo con lo establecido en la Disposición Final Primera de dicha Ley, el citado artículo tiene carácter de legislación básica siendo por tanto materia reservada a la legislación estatal, no

pudiendo regularse en sentido contrario en el ámbito autonómico, ya que constituye legislación civil y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.e de la Constitución.

Sin embargo, tanto en el texto original del artículo 14 de la Ley 10/2005 como más aún en el art. 5 del Proyecto de Reglamento que se presenta, se contraviene lo establecido en ese art. 12 de la Ley 50/2002 dado que se dice en el primero de ellos que:

“La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los treinta mil euros.

En cualquier caso, el fundador deberá justificar la adecuación de la dotación a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos.”

El extender a todas las situaciones un requisito limitado por la Ley Básica a un supuesto concreto, supone legislar en sentido diferente al establecido por la legislación básica.

Pero aún más lejos llega el art. 5 del Proyecto que se presenta al decir que “ el fundador deberá justificar la adecuación y suficiencia de la dotación inicial de la fundación, que exige, en todo caso, su acreditación ,mediante la aportación del primer programa de actuación de la fundación y un estudio económico de viabilidad de la misma.”

Esta redacción no solo se opone al texto básico de la Ley 50/2002 sino al propio texto de la Ley 10/2005 que pretende desarrollar, ya que, según ésta última, la suficiencia se presume cuando la dotación alcanza los treinta mil euros, aun cuando la adecuación exija en todo caso (o en cualquier caso como dice la Ley) la presentación de dichos documentos. En el texto del art. 5 del Reglamento la suficiencia ya no se presume sino que hay que demostrarla en todo caso.

Esta es una muestra del espíritu del texto que, por encima de lo establecido en la regulación de rango superior, entra en dinámicas de justificación excesivas que discriminan el asentamiento de Fundaciones en nuestra comunidad.

ARTÍCULO 6.- DELEGACIÓN DE FACULTADES DEL PATRONATO, GERENCIA Y OTROS ÓRGANOS DE APODERAMIENTO.

Partiendo de lo regulado en el Art. 20.3 y en el Art. 21.2 de la Ley 10/2005 de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se entiende que la obligación de que las delegaciones de facultades del Patronato se hagan constar en los estatutos contradice lo que establecen dichos artículos, que lo que estipulan es, por un lado que la delegación de facultades ha de inscribirse en el Registro de fundaciones, y por otro, que la existencia de esos otros órganos dependientes del Patronato en los que se pretenda delegar funciones, debe recogerse en los estatutos. Se pasa de la permisividad salvo prohibición expresa del Art. 20, a la exigencia de consentimiento expreso de este

Art. 6 del borrador del reglamento, constituyendo una legislación en sentido diferente al recogido en la norma de superior rango.

En virtud de lo expuesto se propone la siguiente redacción:

"ARTÍCULO 6. DELEGACIÓN DE FACULTADES DEL PATRONATO, GERENCIA Y OTROS ÓRGANOS DE APODERAMIENTO.

1. El Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros, con los límites del Art. 20 de la Ley 10/2005 de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Si la delegación de facultades se va a realizar a un órgano colegiado dependiente del Patronato, deberá preverse en los estatutos la existencia de dicho órgano, su composición y funciones."

Se entiende asimismo innecesaria la regulación en este apartado de la responsabilidad de los miembros de dichos órganos colegiados, ya que, como se especifica en el Art. 20, son órganos formados por los propios patronos, en cuyo caso su responsabilidad se encuentra claramente regulada en el Art. 25 de la Ley 10/2005 de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En el apartado 3, segundo párrafo de este artículo se establece la necesidad de comunicar al Protectorado el nombramiento del gerente. Teniendo en cuenta que esto ya se establece en el Art. 21.2 de la Ley 10/2005 de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sería conveniente introducir la otra obligación impuesta por este artículo que es la de inscripción registral de dicho nombramiento.

Siguiendo con lo regulado en este apartado 3 del art. 6, y refiriéndonos ahora a la documentación a presentar, sería quizá necesario aclarar, por una parte a qué se refieren la Ley y el reglamento cuando exigen una acreditada solvencia técnica del gerente, y por otro, y respecto a la elaboración y presentación de la documentación, quién debe emitir el informe que acredite dicha solvencia, y de la adecuación de la retribución, y en base a qué criterios resultará ésta adecuada o no. Se entiende que la falta de criterios objetivos en los que basar una posible oposición del Protectorado a la contratación de un gerente por falta de solvencia técnica, hace que el texto adolezca de la necesaria seguridad jurídica de la norma.

A nuestro criterio es ésa una cuestión que debe decidir el Patronato, dentro de sus facultades de administración, y su criterio, salvo perjuicio económico manifiesto para la fundación, debe ser respetado, sin necesidad de más justificaciones.

Por último, el apartado 4 de este artículo establece que en el documento donde se recoja la delegación de facultades debe hacerse constar de forma expresa la frase "*respetando las funciones atribuidas al Patronato como órgano de gobierno y administración de la fundación*". Entendemos que dicha obligación es innecesaria, puesto que la prohibición de delegar facultades indelegables del

Patronato, que es el único límite legal a la delegación, ya lo recoge la Ley y su cumplimiento deberá ser controlado en la inscripción de la delegación de facultades por el Registro de Fundaciones de Andalucía (Art. 7.b) Decreto 279/2003, de 7 de octubre), garantizando la no trasgresión de dichos límites en los documentos objeto de inscripción. Se propone la eliminación de dicha mención quedando el apartado 4 de la siguiente forma:

"4. En el otorgamiento de poderes generales o especiales acordados por el Patronato, a favor de los órganos anteriores o de terceras personas, se tendrán por no puestas aquellas facultades o cláusulas del poder que deleguen facultades del Patronato que sean indelegables por Ley.

El Patronato por acuerdo de la mayoría simple de los presentes podrá atribuir a otros órganos del Patronato recogidos en los estatutos la posibilidad de otorgar poderes generales o especiales dentro de las funciones que se atribuyan a dichos órganos."

Se incluye en esta redacción la posibilidad de que los órganos del Patronato cuya existencia y funciones se recojan en los Estatutos, puedan otorgar poderes generales o especiales dentro de sus funciones delegadas. Se propone esta regulación debido a los problemas de interpretación que en la práctica genera esta cuestión. En nuestra opinión, la facultad de otorgar poderes que la Ley le reconoce al Patronato en el Art. 20.2 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (salvo prohibición expresa en los estatutos), no está dentro de las facultades indelegables del Patronato que, a su vez, se encuentran recogidas en una lista cerrada en el apartado uno de ese mismo artículo 20 de la Ley. Es decir, que la Ley no habla en el Art.20.2 de la facultad de otorgar poderes del Patronato para establecer su exclusividad, y prohibir su delegación, cosa que debería haber hecho incluyéndola en ese mismo artículo, pero en el apartado anterior, sino que lo recoge en el 20.2 para reconocerle de forma expresa esa facultad al Patronato, en el artículo de la Ley titulado, precisamente, "Delegación de facultades y apoderamientos". La exclusión de la facultad de apoderar de la lista de las facultades indelegables del Patronato, evidencia la no intención del legislador de que dicha facultad sea indelegable.

ARTÍCULO 7.- COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO.

APARTADO 1. No se entiende con qué finalidad se incluyen, dentro de la composición patrimonial, de forma específica la dotación en la letra a) y los bienes destinados a cumplimiento de fines con carácter de permanencia en la letra b), si está perfectamente claro en la ley. Además uno y otro se integran por definición en la letra c), que por otra parte, es lo que describe como patrimonio el Art. 28.1 de la Ley 10/2005. Se entiende que el Reglamento no debe estar para reproducir cuestiones que están perfectamente reguladas en la Ley, sobre todo si no se aclara nada al respecto, ni se añade criterio objetivo alguno para evitar conflictos de interpretación.

Se entiende necesaria la eliminación de este apartado 1.

ARTÍCULO 8. RÉGIMEN DE DISPOSICIÓN Y GRAVAMEN DE LOS BIENES DE LA FUNDACIÓN.

Trasladamos aquí lo comentado en el artículo anterior, por cuanto reproduce casi literalmente el artículo 30.2 de la Ley 10/2005, recomendando su eliminación, y en su lugar aclarar lo regulado en el artículo 30.3 de la misma Ley, delimitando los términos o las operaciones que realmente se entiende que es necesario comunicar al Protectorado, y estableciendo límites para ello, ya que según está redactada la Ley actualmente, parece que cualquier movimiento debe ser comunicado al Protectorado, lo que genera una gran inseguridad jurídica a sus destinatarios. Se propone lo siguiente:

“Los actos de disposición que conforme al Art. 30.3 de la Ley de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía están sometidos al régimen de comunicación en las condiciones que allí se establecen son los siguientes:

a) Los actos de disposición a título oneroso o gratuito, en los términos del Art. 30.1 de la Ley 10/2005, y que sean distintos de los del Art. 30.2 de la misma Ley.

b) Los actos de gravamen que recaigan sobre bienes pertenecientes a alguna de las siguientes categorías:

1º bienes inmuebles.

2º establecimientos mercantiles e industriales.

3º bienes declarados de interés cultural por la Administración General del Estado o por las Comunidades Autónomas.

(...)”.

Por otro lado, se entiende necesaria la eliminación del último párrafo de este artículo, ya que además de referirse a los apartados que se proponen sean eliminados, esta obligación ya se recoge en el artículo 10 del borrador del Reglamento.

ARTÍCULO 9. SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN Y COMUNICACIÓN EN LOS ACTOS DE ENAJENACIÓN.

Referente a los actos de enajenación que requieran autorización previa del Protectorado, se exige que se aporte valoración pericial o de sociedad de tasación del activo en cuestión. No debe escaparse al legislador que la regulación que está poniendo en marcha afecta a entidades no mercantiles con limitados recursos y presupuestos, en la mayoría de los casos, para las que una venta de un bien o derecho que supere el 20% de su activo no tiene que ser una operación de grandes cifras en términos absolutos, aún cuando lo sea en términos relativos, por lo que encarecer este tipo de operaciones con informes periciales sin que quede limitado a cuantías altas en términos

absolutos, nos parece de escaso valor añadido para los objetivos de la Administración y de nulo valor para los de los fundadores y los patronos.

Entendemos que la demostración de si el valor declarado se adecua o no al mercado debe corresponder a la Administración y no al administrado, puesto que lo contrario supone establecer una presunción de falsedad en el valor declarado que debe apoyarse en testimonio independiente para que se presuma real, algo que no ocurre en otras operaciones con alto impacto fiscal como la declaración de la compraventa de inmuebles.

ARTÍCULO 14.- FALTA DE SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN O COMUNICACIÓN.

Se introduce en el apartado 2 de este artículo que el Protectorado utilizará como criterio a tener en cuenta para entablar o no acción de responsabilidad contra el Patronato, que el propio Protectorado perciba la existencia de buena fe por parte del Patronato, para permitir o no la subsanación. No parece aconsejable a nuestro juicio introducir en un texto normativo un criterio tan subjetivo que pueda acarrear situaciones de inseguridad jurídica para los destinatarios de la misma. Se entiende que de introducirse algún criterio éste deba ser objetivamente valorable, por ejemplo que el Patronato colabore, en el tiempo otorgado para ello, aportando toda la documentación necesaria, además de poner en conocimiento del Protectorado las causas o motivos por los que se incurrió en dicho incumplimiento. Si las causas respondieran a una interpretación de la norma fundamentada, pero errónea en su conclusión, o razones de urgencia que pusieran en peligro un posible perjuicio económico para la fundación, podría entenderse justificado el incumplimiento.

Se propone, además, eliminar los apartados 3 y 4 de este artículo, por cuanto los deberes, obligaciones y formalidades de Notarios respecto de los instrumentos públicos que se otorguen, se encuentran claramente establecidos en los Art. 145 y ss. del reglamento notarial (en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero), donde queda regulada la función del Notario de control de la legalidad de todos los actos o contratos que otorgue, debiendo negar su intervención cuando no se le acredite el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos. No podemos olvidar que la Ley 10/2005, no establece nada relativo a ninguna obligación de los fedatarios públicos, salvo la establecida en la Disposición Adicional Quinta, que no habla de esta cuestión.

En todo caso se debería corregir la remisión del apartado 4 de este artículo al artículo 9.2.a), ya que dicho artículo carece de apartados.

ARTÍCULO 15.- ENDEUDAMIENTO PROGRESIVO DE LA FUNDACIÓN.

De nuevo se introduce en este artículo el criterio subjetivo de la observancia de buena fe en la actuación del Patronato, por parte del Protectorado. Por ello, nos remitimos a lo dicho en este sentido en el párrafo primero del comentario realizado al artículo 14.

Se propone para ambos artículos utilizar precisamente el término contrario, es decir establecer como criterio para entablar o no la acción de responsabilidad que se pueda demostrar la existencia de dolo o mala fe por parte del Patronato por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

A mayor abundamiento, en este artículo se hace una remisión en última instancia a la regulación que sobre la responsabilidad de los patronos, contiene el Art. 25 de la Ley 10/2005, que, en nuestra opinión, debería incluirse como criterio objetivo para determinar la existencia o no de responsabilidad en ambos artículos, 14 y 15, y de forma íntegra, no sólo al aspecto de legitimación para entablar la acción de responsabilidad recogido en el apartado 3 de dicho artículo 25.

ARTÍCULO 16. ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN.

Apartado 1.- Entendemos que se realiza un tratamiento indebido de la terminología empleada en este apartado:

- Primero, se recomienda sustituir el término actividad mercantil, por actividad económica, ya que éste es un concepto mucho más amplio, siendo además el utilizado en la Ley 10/2005, en concreto en el Art. 33.

- Por otra parte, se dice que la fundación podrá realizar actividad propia y actividad mercantil (actividad económica). Detectamos aquí una contradicción ya que la actividad propia tal y como se considera en el párrafo siguiente, puede ser a su vez actividad mercantil (actividad económica).

- En el segundo párrafo se dice que se entiende por actividad propia la que debe realizar la fundación en cumplimiento de sus fines estatutarios, sin ánimo de lucro. Aquí se detecta otra incorrección ya que las que carecen o no de ánimo de lucro son las entidades en sí, no las actividades. La fundación, por ser, por definición, una entidad sin ánimo de lucro, no puede repartir los beneficios que obtenga, sea cual sea la actividad que realice, es decir, esté, o no, relacionada con sus fines fundacionales, y obtenga o no ingresos por su desarrollo.

En el resto de apartados ocurre lo mismo, por lo tanto, en virtud de lo arriba expuesto se propone la eliminación de este artículo, estando, además, esta cuestión perfectamente regulada en el Art. 33 de la Ley 10/2005.

ARTÍCULO 17. PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES MERCANTILES.

Apartado 3. Nos remitimos en cuanto al uso del criterio de la buena fe del Patronato, a lo comentado a este respecto en los artículos 14 y 15 en este documento.

ARTÍCULO 19.- CUENTAS ANUALES.

Apartado 1.- En este artículo se establece un plazo de formulación de cuentas de tres meses, pero dicho plazo sólo habrán de cumplirlo las cuentas anuales que deban ser auditadas. Desde nuestro punto de vista y de acuerdo con el criterio de la normativa mercantil recogido en el Art. 171 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, ese plazo debe funcionar para todas las cuentas anuales, no sólo para las que deban ser sometidas a auditoría externa por cumplir los requisitos legales previstos. No hay argumento alguno que ampare el establecer criterios distintos en función de su necesidad de ser o no, sometidas a control de los auditores.

El sometimiento de la elaboración de cuentas anuales a los criterios de las normas de adaptación del Plan general de contabilidad (PGC) a las entidades sin fines lucrativos se casa difícilmente con la regulación establecida para dichas cuentas en la Ley 10/2005 y en el borrador de Reglamento. La memoria establecida en el PGC es una memoria de contenido económico que nada tiene que ver con la inclusión de aspectos de gestión que conllevan a los auditores financieros a introducir limitaciones en sus informes sobre la información que se presenta al ir más allá de la mera explicación de las cifras del balance y la cuenta de resultados y no poder ser verificadas por dichos auditores. Existen además contradicciones entre ambas bases legales, una de las cuales puede ser la obligación de firma de las cuentas anuales por todos los responsables de su formulación (patronos) establecida en el RD 776/1998 (adaptación PGC a ESFL) frente a la firma por Secretario y Presidente (art. 19.3 del borrador de reglamento). Sugerimos que se clarifique qué parte del PGC sería aplicable y que se establezcan dos documentos diferentes de información económica y de actividades/gestión tal y como ocurre en sociedades mercantiles. De esta forma las cuentas anuales contendrían una memoria con el alcance del PGC y otra (similar al informe de gestión de las mercantiles) con la información obligatoria de actividades y de gestión. Esta última estaría fuera del alcance de la auditoría financiera que no puede comprobar esos extremos.

Importancia del Inventario de elementos Patrimoniales: En las ESFL es obvio que el inventario de elementos patrimoniales es importante. La Ley 10/2005 solo estipula en el art. 34.1 que las fundaciones llevaran un Libro de Inventarios a legalizar en el Reg., de Fundaciones. Además estipula en el art. 34.3 que el Patronato deberá confeccionar el inventario de los elementos patrimoniales, pero en ningún caso se establece que se remita al Protectorado para proceder a su control. Sin embargo algunos Protectorados están exigiendo este envío junto a las cuentas anuales sin soporte legal mas allá de sus competencias generales de control. Entendemos que si la intención del legislador es ejercer ese control patrimonial, debería recogerse en el Reglamento la remisión al Protectorado del documento. Igualmente el concepto de Inventario en la Ley 10/2005 es muy impreciso hablando (art. 34.3) de que deberá contener la valoración de los bienes y derechos integrantes del balance distinguiendo los distintos bienes, derechos y obligaciones (éste último concepto nada tiene que ver con bienes y derechos y no es propio del concepto de inventario en el ámbito contable ni mercantil) y demás partidas que lo componen (más ambigüedad si cabe). El Reglamento debería aprovechar para delimitar el concepto circunscribiéndolo al ámbito de los bienes y derechos que integran el activo fijo de la institución y las existencias, en su caso.

Apartado 2.- Siguiendo el criterio de la normativa mercantil, se entiende necesario que la formulación de cuentas la realice órgano distinto del que haya de aprobarlas, por lo que se podría disponer que el Patronato acuerde, bien al término de cada ejercicio, bien con carácter de permanencia con la consiguiente inscripción registral, el órgano individual o colegiado, según estructura de la fundación, que haya de formular las cuentas anuales, ya que es esta una facultad susceptible de delegación.

ARTÍCULO 21.- DESCRIPCIÓN DE LAS ACTIVIDADES FUNDACIONALES EN LA MEMORIA.

Dentro del primer párrafo del apartado 1, y atendiendo al comentario realizado respecto al artículo 16, cuando se habla de actividades mercantiles y actividades propias debería decirse actividades mercantiles y actividades no mercantiles o realizadas sin contraprestación. Traslamos este mismo comentario a lo recogido en la letra e) del apartado 1 de este artículo.

En la letra d) se establece, de idéntica forma que en el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, que deberá especificar "las deudas contraídas y cualquier otra obligación financiera asumida por la fundación". El concepto es impreciso, a nuestro juicio, porque si se refiere al total de las deudas esta cifra ya está reflejada en el balance y si se refiere a su detalle la enumeración nominativa en una fundación de tamaño medio podría ser extensísima porque incluiría el detalle de todos los proveedores y acreedores de cualquier naturaleza sin distinción del volumen de la deuda. El texto debería ser más clarificador y referirse a cifras significativas en términos del balance.

En la letra f) de este mismo apartado se habla de liquidación del presupuesto, cuando la Ley 10/2005, no establece en su articulado la obligación de elaborar un presupuesto, sino un plan de actuación, por lo que será necesario ajustar esta redacción a la terminología correcta, es decir, en lugar de liquidación de presupuesto, debe decir, por ejemplo, grado de cumplimiento del plan de actuación.

Por otra parte, en los datos a incluir en la Memoria de Actividades no se hace mención a Género, sin tener en cuenta las últimas modificaciones contempladas en la Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo.

ARTÍCULO 22.- AUDITORÍA EXTERNA.

Apartado 2.- Se entiende que crea especial inseguridad jurídica la poco determinante regulación de las circunstancias en las que el Protectorado podrá obligar a una fundación que no se encuentre en las condiciones que la obliguen a auditarse por Ley, a someter sus cuentas a auditoría externa.

Se propone la necesaria concreción de las circunstancias que podrían dar lugar a dicha situación, en primer lugar cerrando la lista de circunstancias descritas en este apartado con la eliminación de las palabras que las convierten en genéricas: "(...) como pueden ser variaciones sustanciales...". No hacerlo deja abierta infinitas posibilidades no recogidas en este artículo. Otra mejora susceptible de ser introducida sería la de añadir a las variaciones sustanciales del patrimonio, que dichas



variaciones sean negativas.

En el segundo párrafo de este apartado habría que añadir al final: "(...) y máximo de tres meses a partir del momento en el que les fueron entregadas las cuentas anuales a los auditores.

Se echa de menos una regulación, para el nombramiento de auditores. Se entiende necesario que se establezca la regulación de este extremo, proponiéndose la regulación recogida para ello en el Reglamento Estatal:

“- Corresponde al patronato la designación de un auditor, tanto en el supuesto de que la fundación estuviera legalmente obligada a someter sus cuentas a auditoría externa como en el caso de que el patronato decidiera voluntariamente someterlas a auditoría.

El nombramiento se llevará a cabo antes de que finalice el ejercicio que se va a auditar, con sujeción a los periodos de contratación previstos en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. No podrá revocarse a los auditores de cuentas antes de que finalice el período para el que fueron nombrados, a no ser que medie justa causa.

- Excepcionalmente, el encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal podrá, a instancia del protectorado o de cualquiera de los miembros del patronato, designar un auditor de cuentas para verificar las cuentas anuales de un ejercicio determinado, en los casos en que el patronato, estando obligado a nombrar auditor, no lo hubiera realizado antes de la finalización del ejercicio a auditar.

- El nombramiento de los auditores por el encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal se realizará de entre los que aparezcan en la lista de auditores inscritos en el Registro oficial de auditores de cuentas. A tal efecto, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas remitirá, en el mes de enero de cada año, al encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal una lista de los auditores inscritos en el Registro oficial de auditores de cuentas al 31 de diciembre del año anterior, por cada provincia. En cada una de las listas figurarán, por orden alfabético y numerados, el nombre y apellidos o la razón social o denominación de los auditores de cuentas, así como su domicilio, que necesariamente deberá radicar en la provincia a que se refiera dicha lista. Los auditores que tengan oficina o despacho abierto en distintas provincias podrán figurar en las listas correspondientes a cada una de ellas.

Recibidas las listas, el encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal remitirá para su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* el día y la hora del sorteo público para determinar el orden de nombramientos. Una vez efectuado dicho sorteo, se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* la letra del alfabeto que determinará el orden de los nombramientos, que será la misma para cada provincia. Dicho orden comenzará a regir para los nombramientos que se efectúen a partir del primer día hábil del mes siguiente en que hubiese tenido lugar la publicación y se mantendrá hasta que entre en vigor el correspondiente al siguiente año. Para determinar qué lista es la utilizada para cada nombramiento, se estará a la provincia donde radique el domicilio de la fundación.



El encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal tendrá a disposición del público las listas de auditores.

- La solicitud de nombramiento de auditor deberá recoger, al menos, las siguientes circunstancias:

- a. Identificación del solicitante.
- b. Denominación y datos de identificación registral de la fundación.
- c. Causa de la solicitud.
- d. Fecha de la solicitud.

- En defecto de normas específicas, el régimen jurídico de los auditores se regirá por lo dispuesto en la legislación mercantil.”

ARTÍCULO 23. DESTINO DE RENTAS E INGRESOS.

La correcta regulación de lo contenido en este artículo se ha convertido para las fundaciones en una necesidad perentoria.

Apartado 1.- Según la RAE, en términos generales, se considera **renta** a todo ingreso regular y constante producido por una inversión, un trabajo, un derecho o un privilegio.

El Resultado Contable (al que se hace mención en el segundo párrafo del apartado 21, del Art. 23 del Proyecto de Decreto de Reglamento) es la diferencia entre ingresos (o rentas) y gastos producidos en el ejercicio como consecuencia del desarrollo de una actividad.

Por tanto, en términos reglamentarios, **no se puede** mezclar ambos conceptos como si se estuviera hablando de uno mismo.

En virtud de lo expuesto y en orden a establecer un procedimiento lógico a seguir por las fundaciones andaluzas para el cálculo de la base sobre la que aplicar el 70%, que puede tener su punto de partida en el resultado contable obtenido por cada fundación en el ejercicio, se ha elaborado una redacción alternativa a este artículo del borrador de Reglamento, para lo que se ha valorado prioritariamente, los problemas prácticos que la mala utilización de los conceptos contables en la regulación sustantiva en materia de fundaciones, se han detectado desde la Asociación de Fundaciones Andaluzas, transmitidos directamente por sus fundaciones asociadas.

Se propone la siguiente redacción:

ARTÍCULO 23. DESTINO DE RENTAS E INGRESOS.

1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 38.1 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, deberá destinarse a la realización de los fines fundacionales, al menos, el 70 por ciento de la cantidad que resulte de aplicarle los ajustes del apartado 3 de este artículo al resultado contable del ejercicio.

El 30% restante, no destinado a la realización de los fines fundacionales, deberá incrementar bien la dotación, bien las reservas, según acuerdo del Patronato, adoptado en el momento de aprobación de las cuentas anuales.

2. A los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:
 - a) No se entenderán ingresos las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación en el momento de la constitución o en un momento posterior.
 - b) No se entenderá ingreso la contraprestación que se obtenga por la enajenación o gravamen de bienes y derechos aportados en concepto de dotación por el fundador o por terceras personas, así como de aquellos otros afectados por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales, incluida la plusvalía que se pudiera haber generado.
 - c) Tampoco se considerarán ingresos los obtenidos en la transmisión de bienes inmuebles en los que la fundación desarrolla la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia.
3. Se aplicarán al resultado contable los siguientes ajustes positivos para el cálculo de la base de aplicación del 70% a que se refiere el apartado 1:
 - a) Se sumarán al resultado contable del ejercicio los gastos que estén directamente relacionados con las actividades desarrolladas para el cumplimiento de los fines, incluidas las dotaciones a la amortización y a las provisiones de inmovilizado afectos a dichas actividades, excluyendo aquellas dotaciones a la amortización y provisiones de inmovilizado no afecto a las actividades realizadas en cumplimiento de fines.
 - b) Se sumarán al resultado contable los gastos de administración entendidos como aquellos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y que los patronos tienen derecho a reembolsarse por el desempeño de su cargo.
 - c) Se sumará al resultado contable, la parte proporcional de los gastos comunes al conjunto de actividades que correspondan a las desarrolladas para el cumplimiento de los fines

fundacionales. Esta parte proporcional se determinará en función de criterios objetivos deducidos de la efectiva aplicación de recursos a cada actividad.

4. Los ingresos y los gastos a que se refiere este cómputo se determinarán en función de la contabilidad llevada por la fundación con arreglo a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, y conforme a los principios, reglas y criterios establecidos en las normas de adaptación del Plan General Contable a las entidades sin fines lucrativos, y en otras normas de desarrollo de dicho Plan que resulten de aplicación.
5. Se considera destinado a los fines fundacionales el importe de los gastos e inversiones realizados en cada ejercicio que efectivamente hayan contribuido al cumplimiento de los fines propios de la fundación especificados en sus estatutos.

Para determinar el cumplimiento del requisito del destino de rentas e ingresos, cuando las inversiones destinadas a los fines fundacionales hayan sido financiadas con ingresos que deban distribuirse en varios ejercicios, como subvenciones, donaciones y legados, o con recursos financieros ajenos, dichas inversiones se computarán en la misma proporción que lo hubieran sido los ingresos o se amortice la financiación ajena.

6. El destino a fines deberá hacerse efectivo en el plazo comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido dichos resultados y los tres años siguientes a su cierre.
7. En la memoria integrada en las cuentas anuales que debe presentar la fundación se incluirá información detallada del cumplimiento del destino a fines fundacionales, y en ella se especificará la base sobre el que se aplica el porcentaje del 70 por ciento y los gastos e inversiones destinados a fines fundacionales, así como el importe de los gastos de administración. También deberá incluirse información sobre los saldos pendientes de aplicar de ejercicios anteriores, indicándose el ejercicio al que pertenece. El exceso del 70 por ciento aplicado en un ejercicio no podrá compensar el saldo pendiente de aplicar en ejercicios siguientes.

El Protectorado analizará la información suministrada y podrá requerir que esta se amplíe y que se aporten los documentos y justificantes que se estimen necesarios. En la medida en que considere que la información y la documentación aportadas no acreditan el cumplimiento del requisito, lo hará constar así en el correspondiente informe.

La parte subrayada corresponde a las modificaciones propuestas respecto de la redacción del borrador del Reglamento, a efectos de la mayor coherencia posible con los conceptos de la normativa contable, además de dotar de mayor claridad al texto, en orden a evitar en la medida de lo posible conflictos de interpretación de la norma.

ARTÍCULO 24. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.

Se propone redacción alternativa en base a que consideramos fundamental establecer una serie de reglas para la determinación y concreción de los gastos de administración de cada ejercicio.

Para ello partimos de la propia definición que la Ley 10/2005 hace de Gastos de Administración en el segundo párrafo, del apartado 3, del Art. 38. De ahí podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Los Órganos de Gobierno de las Fundaciones están regulados en el Capítulo III de la Ley 10/2005. De su lectura podemos deducir que dentro de los Órganos de Gobierno, se puede diferenciar, por un lado, el Patronato, por otro, la Gerencia. Por lo que en cada caso, habría que analizar tanto las funciones de uno, como de otro para determinar los gastos ocasionados por cada uno de ellos, ya que se entienden en ambos casos que se generarán por la administración de los bienes y derechos del patrimonio de la Fundación.

De lo anterior, podemos concluir que los gastos ocasionados por el Patronato vendrán dados por la asistencia a las reuniones donde llevarán a cabo la aprobación de Cuentas Anuales, del Plan de Actuación o de otras decisiones incluidas dentro de las funciones que tienen obligación de desempeñar según los Estatutos de cada Fundación o de la Ley. En términos contables, estos gastos corresponderán básicamente a gastos por dietas (que incluye desplazamiento manutención y hospedaje) de cada uno de los miembros del patronato (siempre efectuando un exhaustivo control de los mismos por parte de la administración), ya que según el Art. 19.1 de la Ley 10/2005 *“los patronos ejercerán su cargo gratuitamente, sin que puedan percibir retribución alguna, ni en dinero ni en especie, por el desempeño de su función”*.

- Por otro lado, en el Art. 21 de la Ley 10/2005, en su apartado 1, establece que *“en los Estatutos se podrá encomendar el ejercicio de la gestión ordinaria o administrativa de las actividades de la fundación a un gerente o cargo similar, que podrá ser persona física o jurídica (...), con la remuneración adecuada a las funciones desempeñadas”*. Por tanto, podemos considerar gasto de administración el ocasionado por el Gerente en el ejercicio de sus funciones de representación otorgadas por el Patronato mediante los poderes generales o especiales. Contablemente hablando tendrán principalmente naturaleza de gastos por dietas (desplazamiento, manutención y hospedaje).

Asimismo, en el apartado 3 del Art. 21 de la Ley 10/2005 se menciona que *“Igualmente, también en los Estatutos se podrá prever la existencia de otros órganos de asistencia al Patronato, sin perjuicio de lo establecido anteriormente”*. En este caso habría que analizar la naturaleza y funciones asignadas a este órgano para poder determinar el tipo de gasto que se genera. Lo lógico es que este órgano también desempeñe funciones de administración, con lo cual hablaríamos de los mismos gastos indicados en el párrafo anterior: gastos ocasionados por las funciones de representación de este órgano otorgadas mediante poderes generales o especiales por parte del Patronato, por las funciones de administración que se le atribuyan. Siendo, por tanto, la naturaleza contable de gastos por dietas. Aunque también cabría considerar aquí los referidos a gastos por servicios profesionales

generados por la asistencia o asesoramiento al Patronato relacionados con la administración del patrimonio de la fundación.

En cualquier caso, será el Protectorado el que evalúe la correcta asignación y composición de los gastos de administración para cada fundación. Se propone la siguiente redacción:

ARTÍCULO 24. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.

1. Como regla general, el importe de los gastos de administración no podrá ser superior, en cada ejercicio, al 10% de la base obtenida para el cálculo del 70% según las reglas y ajustes establecidas en el Art. 23 de este Reglamento.

2. Se establecen dos excepciones posibles a la regla general recogida en el apartado anterior:

a) El importe de los gastos de administración del ejercicio, podrán elevarse al 20% de la base de cálculo referida en el apartado 1, previa autorización expresa del Protectorado a solicitud debidamente justificada por el Patronato.

b) En el caso de que las reglas anteriores impidan a la fundación la adecuada gestión de su patrimonio, el Protectorado podrá autorizar, para un ejercicio determinado, que el importe de los gastos de administración se calcule en función del patrimonio neto de la fundación, con un límite máximo del 5% del mismo.

ARTÍCULO 25. REMUNERACIÓN DE PATRONOS Y AUTOCONTRATACIÓN.

La letra d) del apartado 1 de este artículo establece que entre la documentación a aportar para la solicitud de autorización para contratar o remunerar a un patrono será necesario informe acreditativo de la suficiencia de recursos económicos de la fundación para proceder a la formalización del acto de autocontratación.

A nuestro entender este apartado introduce el requisito de tener que acreditar que la fundación posee los recursos económicos necesarios para la celebración del negocio jurídico, entendiéndose que se transgrede frontalmente la facultad del Patronato de administrar los recursos de la fundación, además de ser un requisito que la Ley no exige en ningún momento, ya que los Arts. 19 y 39 de la Ley 10/2005 exigen no prohibición expresa del fundador, acuerdo del Patronato y solicitud de autorización previa. De esta regulación no puede deducirse la necesidad de acreditar la suficiencia de recursos, por lo que se propone la eliminación de este apartado puesto que encubre un requisito que la Ley no exige en ningún momento y que por lo tanto no sería exigible.

La letra c) del apartado 3 establece que el Protectorado denegará la autorización cuando el acto encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono o suponga una contraposición de intereses. La apreciación del conflicto de intereses entre la fundación y alguno de sus patronos, a que se refiere la letra b) de este apartado, es de libre apreciación por el Patronato (Art. 22.3 de la Ley 10/2005), ya que lo que compete al Protectorado es si la decisión del Patronato de contratar

con, ó a un patrono resulta lesiva para los intereses económicos de la fundación, o encubre alguna remuneración indebida. Es evidente que si se solicita autorización previa es porque existe contraposición de intereses, lo cual no es lo que prohíbe la Ley, sino que lo que prohíbe la Ley es que esa contraposición beneficie al patrono en detrimento de la fundación, y ese debe ser el objeto del análisis del Protectorado.

Por lo tanto proponemos la eliminación de esa mención.

Por otra parte, se estima más adecuada la utilización del término “negocio jurídico” por “acto”, ya que parece más ajustado al supuesto legal, no sólo por la referencia expresa a la “autocontratación, sino porque también reviste el carácter de negocio jurídico la fijación de remuneración a un patrono, la cual sólo puede fijarse como contraprestación a los servicios que preste el patrono a la fundación, distintos de los que implica el desempeño de las funciones que le corresponden como tal.

Sí se entiende necesario aclarar si el acto jurídico que requiere de autorización previa sea, no sólo para que la fundación contrate a un patrono, sino también para que el patrono contrate a la fundación. Se conoce por esta Asociación que en la práctica la redacción del Art. 39 genera serias dudas interpretativas en este sentido. No se propone redacción pues no se conoce el criterio en este sentido, y se debe decidir primero si la necesidad de autorización previa se va a exigir o no, también en caso de que sea el patrono, o persona jurídica en la que éste tenga intereses, quien contrate los servicios de la fundación.

ARTÍCULO 27. PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN ESTATUTARIA.

Se exige una regulación más clara del apartado 2 de este artículo, ya que se generan dudas sobre si la conformidad o falta de oposición del Protectorado es preceptiva para la solicitud de inscripción registral por parte del interesado, o si ésta pueda ser tramitada por la fundación y la autorización sólo sea necesaria para la práctica del correspondiente asiento por parte del Registro, como se deduce del Art. 40 de la Ley 10 /2005. La otra opción que se puede deducir del texto de este apartado, es que la falta de autorización impida a la fundación iniciar el trámite de inscripción, y haya de acreditarse en el momento de solicitar la inscripción registral.

En nuestra opinión, del Art. 40 no puede deducirse la necesidad de que dicha conformidad sea preceptiva para la solicitud de inscripción registral por el interesado, sino que, de conformidad con el Art. 30 del Decreto 279/2003 que publica el Reglamento de funcionamiento del Registro de Fundaciones de Andalucía, deberá acreditarse su comunicación al Protectorado, y será éste el que deberá notificar tanto al Registro como al interesado su no oposición expresa, o que se proceda a su inscripción por transcurso de los tres meses desde la fecha de entrada en el registro del correspondiente Protectorado, la correspondiente y preceptiva comunicación, sin que se haya producido manifestación expresa. Se propone lo siguiente:

“ Artículo 27.- Procedimiento de modificación estatutaria.

1. Cuando el procedimiento de modificación estatutaria se inicie a instancias del Patronato, en los supuestos previstos en el artículo 40 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, el órgano de gobierno de la fundación solicitará la inscripción registral de dicha modificación siendo necesaria la aportación de la siguiente documentación:
 - a) Solicitud de inscripción registral firmada por quien estuviese facultado para ello.
 - b) Copia autorizada y copia simple de la escritura pública de modificación estatutaria, en la que se recoja copia del acta, o certificado del Secretario conteniendo las circunstancias del acuerdo aprobatorio, así como la motivación de la conveniencia de la modificación, y la redacción literal de los estatutos modificados.
 - c) Copia compulsada del escrito de comunicación al Protectorado del acuerdo de modificación estatutaria.

La comunicación al Protectorado a la que se refiere la letra c) deberá realizarse con carácter previo a la solicitud de inscripción, y se realizará mediante escrito dirigido al Protectorado acompañado de copia simple de la escritura pública a la que se refiere la letra b).

2. El Protectorado cuenta con un plazo de tres meses para oponerse motivadamente por razones de legalidad o para manifestar de forma expresa su no oposición, que deberá comunicar tanto al Registro de Fundaciones para la práctica del correspondiente asiento, como al interesado. Si transcurriese el plazo señalado sin pronunciamiento expreso del Protectorado se procederá a la correspondiente inscripción que se practicará de oficio por el Registro de Fundaciones.

(...)”.

En el apartado 3 se considera necesario hacer remisión expresa al Art. 40.3 de la Ley 10/2005, cuando se refiere al supuesto de que el procedimiento se inicie por el Protectorado, ya que el Protectorado no puede iniciar el proceso mas que en el supuesto allí contemplado. Así, quedaría de la siguiente forma:

" (...)

3. Cuando el procedimiento se inicie por el Protectorado dentro del supuesto contemplado en el Art. 40.3 de la Ley 10/2005, éste requerirá del Patronato la modificación que estime necesaria para dar cumplimiento a lo establecido en el Art. 40.2 de la Ley 10/2005, estableciendo para ello un plazo que no podrá ser inferior a tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que el Patronato hubiera acordado la modificación requerida, o ante su oposición expresa, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que resuelva sobre la procedencia de la modificación de estatutos referida."

ARTÍCULO 28. PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN.

Se entiende que el apartado 2 se excede en su regulación de exigir en todo caso la coincidencia de fines fundacionales entre las fundaciones que pretendan fusionarse, ya que eso limita un derecho reconocido por la Ley sin que en ella se establezca más límites que los del acuerdo de los correspondientes Patronatos y la motivación de la conveniencia de la fusión para ambas fundaciones. Por lo tanto dicha exigencia debe ser eliminada de este artículo del Reglamento.

Se entiende que la regulación del apartado 5 a) puede generar inseguridad jurídica ya que no se contemplan los términos y circunstancias para declarar válido un acuerdo adoptado conjuntamente por ambos Patronatos, y parece contraria a Ley la atribución de presunción de legalidad de dicho acuerdo por la mera firma de alguno de los Secretarios con el visto bueno de alguno de los Presidentes. Habrá que estar a lo dispuesto en cada uno de los Estatutos para la adopción de dicho acuerdo, y habrá de darse cumplimiento a lo que en ellos se establezca, en cualquier caso. Se propone la eliminación a la mención sobre el acuerdo conjunto de ambos Patronatos.

ARTÍCULO 29. PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA FUNDACIÓN.

Se estima necesario realizar una correcta alusión a los supuestos de liquidación que exigen acuerdo según lo establecido en el Art. 42.1 de la Ley, tal y como hace el apartado 2 de dicho artículo. Así, se recomienda modificar la redacción de dicho apartado de la siguiente forma:

“1. Cuando la extinción se produzca por alguna de las causas para las que el Art. 40.1 de la Ley 10/2005, o los estatutos en su caso, exijan acuerdo previo del Patronato, deberá solicitar la ratificación del Protectorado iniciándose el procedimiento de extinción de la fundación, para lo que acompañará la siguiente documentación:

(...)”.

En el apartado 2 de este mismo artículo se entiende necesaria la regulación de las circunstancias en las que el Protectorado podrá denegar la ratificación del acuerdo de extinción, entendiéndose lo más adecuado un remisión expresa a la ausencia de alguna de las causas legal o estatutariamente previstas para ello, y en todo caso su motivación de acuerdo a la Ley.

ARTÍCULO 31. ATRIBUCIONES DEL PROTECTORADO.

Se propone la eliminación del apartado 2 de este artículo en cuanto atribución genérica del Protectorado, ya que no se puede deducir dicha facultad de entre las funciones que se enumeran en el Art. 45 de la Ley 10/2005. Sólo se entendería dicha atribución dentro del procedimiento de intervención temporal de la fundación en el supuesto contemplado en el Art. 47 de la Ley 10/2005. Se entiende que en el resto de supuestos la Ley establece los mecanismos adecuados para que el

Protectorado disponga de la documentación necesaria para garantizar suficientemente la legalidad de los mismos.

ARTÍCULO 32. FUNCIONES DEL PROTECTORADO.

Vistas las dificultades que en la práctica genera la constitución de una fundación, por el desconocimiento causado por la falta de una regulación ajustada a la realidad, y sabiendo las consecuencias incluso de índole fiscal que dichos problemas pueden acarrear para los fundadores, producida en concreto porque a veces transcurre demasiado tiempo entre la aportación inicial para la constitución, y la inscripción definitiva, y, por consiguiente, la adquisición de personalidad jurídica por parte de la fundación, se solicita una redacción más contundente del papel que debe desempeñar el Protectorado en el procedimiento de constitución, en concordancia, además, con el comentario realizado al Artículo 5 del borrador de reglamento en este mismo documento. Se propone la siguiente:

"(...)

1. Funciones en relación con la constitución de la fundación:

a) Asesorar a las fundaciones en proceso de constitución en relación con la normativa aplicable a dicho proceso, en particular sobre aspectos relacionados con la dotación, los fines de interés general y la elaboración de estatutos, así como sobre la tramitación administrativa correspondiente.

El Protectorado facilitará a los interesados que lo soliciten un modelo de estatutos de carácter orientativo.

Asimismo, los interesados podrán someter al Protectorado un borrador de estatutos para su informe previo no vinculante.

(...)"

Se propone la eliminación del apartado 2, ya que la Ley sólo establece la obligación de comunicar la aceptación de los patronos al Protectorado, pero en ningún caso exige la necesidad de que éste manifieste su conformidad, atribución que corresponde al Registro de Fundaciones y sólo a efectos de los requisitos formales que exige para ello el Art. 31 y 32 del Decreto 279/2003, de 7 de octubre, entre los que no se encuentra el de acreditar la conformidad del Protectorado para la inscripción del nombramiento de los patronos o del gerente.

Se entiende que por tratarse de actos que requieren ser notificados al Protectorado, no quedan sujetos a su previa autorización, ni a garantizar su legalidad, cosa que sí hace de forma expresa para otros actos como son los de modificación, fusión y extinción (Art. 45.1.h). La función del Protectorado sería la de ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el Art. 25.3 b) de la Ley 10/2005, si entendiera lesivos para la fundación los actos del Patronato.

Por las mismas razones, se propone la eliminación de los supuestos previstos en el apartado 3, letras b) y c), y apartado 5, letra f), de este artículo.

Para tales supuestos el Art. 30.3 de la Ley 10/2005, le atribuye al Protectorado las mencionadas



acciones de responsabilidad previstas en el Art. 25 de la misma, pero no prevé que el Protectorado tenga que prestar conformidad a dichos supuestos.

Por otra parte se propone eliminar el supuesto previsto en el apartado 5, letra b), porque se trataría más bien de funciones de calificación que corresponden al Registro de fundaciones, (art. 7, letra b), Art. 8.e) y art. 25 del Decreto 279/2003), y porque la Ley no prevé la intervención del Protectorado ni su obligación de acreditar los extremos que aquí se recogen.

Se propone completar la regulación contenida en la letra h) del apartado 5 incluyendo el informe de auditoría, en su caso, junto a las cuentas anuales. Se sugiere además sustituir la expresión depositar, por la de remitir para su depósito en el registro, que se entiende más correcta y ajustada a la Ley. Lo mismo se sugiere para la letra i).

ARTÍCULO 34.- COLABORACIÓN ENTRE EL REGISTRO Y EL PROTECTORADO.

Apartado 2.- Se sugiere la posibilidad de que el "podrá" sea sustituido por "promoverá de oficio", de tal forma que aquellos actos que para su inscripción registral requieran de la comunicación y/o conformidad previa del Protectorado sea éste quien, recibida la notificación o comunicación del acto o negocio jurídico en cuestión, remita de oficio al registro la documentación aportada para su depósito y práctica del correspondiente asiento.

Se entiende que esto sería mucho más operativo, y eliminaría la duplicidad de muchos trámites que requieren de comunicación al Protectorado y de inscripción registral, cumpliéndose ambas cosas, pero canalizándose a través de una única solicitud.

ARTÍCULO 35. NATURALEZA Y COMPOSICIÓN.

No se entiende que una asociación que representa a más de la mitad de las fundaciones existentes en Andalucía sólo pueda tener un representante en el Consejo, siendo además la única asociación que existe en Andalucía. Por el contrario se prevé la concesión de más plazas, en concreto tres, a fundaciones no integradas, y, que por lo tanto sólo se representan a sí mismas.

En nuestra opinión habría que establecer criterios ponderativos de representación en virtud del número de asociados, o de porcentajes de representación del número total de fundaciones existentes en Andalucía.

Así, se propone lo siguiente:

ARTÍCULO 35. NATURALEZA Y COMPOSICIÓN.

1. El Consejo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía es un órgano participativo de carácter consultivo en materia de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, adscrito a la Consejería de Justicia y Administración Pública.
2. El Consejo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía estará compuesto por una Presidencia, una Vicepresidencia, una secretaría y las vocalías que se determinan en el apartado cuarto.
3. Ocupará la Presidencia la persona titular de la Consejería de Justicia y Administración Pública, y la Vicepresidencia la persona titular de la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia.
4. Serán vocales del Consejo:
 - a) Una persona, con rango de Director/a General, representante de las Consejerías para la Igualdad y Bienestar Social, de Salud, de Educación, de Cultura, y de Innovación.
 - b) Cuatro vocales representantes de las asociaciones de fundaciones, designados por la presidencia del Consejo de entre los candidatos propuestos por el órgano competente según sus estatutos o normas de desarrollo y organización.

Si no se cubriesen todas las plazas previstas para las distintas asociaciones, las vacantes se cubrirán por orden, por el resto de asociaciones que sí hayan presentado candidatura teniendo prioridad la de mayor número de asociados.

c) Cuatro vocales representantes de fundaciones no integradas en asociaciones, cuya designación corresponderá a quien ostente la presidencia del Consejo de entre las candidaturas presentadas por aquéllas, en base a los siguientes criterios:

- Un vocal de entre las candidaturas presentadas por fundaciones cuyo patrimonio no exceda de 120.000 euros.
- Un vocal de entre las candidaturas presentadas por fundaciones cuyo patrimonio oscile entre 120.000 y 500.000 euros.
- Un vocal de entre las candidaturas presentadas por fundaciones cuyo patrimonio oscile entre un millón y tres millones de euros.
- Un vocal de entre las candidaturas presentadas por fundaciones cuyo patrimonio sea superior a tres millones de euros.

A estos efectos se entiende por patrimonio el total el activo del balance de situación aprobado con las últimas cuentas anuales depositadas.

En caso de igualdad de patrimonio tendrá prioridad la fundación cuya fecha de primera inscripción



en el registro de Fundaciones de Andalucía sea más antigua.

Si faltaran candidatos para cubrir las plazas correspondientes a cada una de las categorías, la vacante acrecerá al grupo cuyo patrimonio sea inmediatamente superior, y, si siguiera vacante, añ inmediatamente inferior.

Si aun así, quedase alguna plaza vacante, se procederá a nombrar a otro representante de las asociaciones de fundaciones, elegido por el procedimiento previsto en la letra b). Si existiese más de una asociación las plazas que queden vacantes serán cubiertas por orden, empezando por la asociación que cuente con mayor número de asociados, y así sucesivamente hasta cubrir todas las plazas existentes para fundaciones y asociaciones de fundaciones.

5. Desempejará las funciones de secretaria, con voz pero sin voto, una persona funcionaria del grupo A adscrita al Protectorado de fundaciones.

La aceptación de la redacción propuesta conllevaría la eliminación del Art. 37, por cuanto lo previsto en ese artículo se ha incluido en el artículo 35.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA.

No se entiende que se prohíba a las fundaciones poder constituir otra fundación, siempre que ello corresponda a prestaciones propias de sus fines fundacionales, según establece el artículo 30.1, ya que se entiende que la prohibición tiene su base en la obligación de que las disposiciones de bienes de las fundaciones tenga carácter oneroso, siendo la aportación de bienes a la constitución de una fundación una disposición gratuita de lo que se aporta.

Reiteramos, sin embargo, la salvedad que el propio artículo 30.1, in fine, establece y por lo tanto, se entiende contra legem la prohibición establecida en esta disposición adicional.

A mayor abundamiento de lo aquí reivindicado, la exigencia de que la posibilidad de constitución de una fundación por parte de una preexistente deba estar expresamente recogida en los estatutos, resulta paradójico cuando no se exige el mismo tratamiento para la constitución de una entidad mercantil que está únicamente sometida, al igual que la constitución de cualquier otra entidad jurídica incluida una Fundación, al régimen de autorización por el Protectorado. No entendemos esta limitación cuando puede responder en mejor medida al cumplimiento de los fines fundacionales mediante la generación de alianzas con otras instituciones similares. Tampoco el Reglamento ha venido a establecer entre las funciones del Protectorado este régimen de autorización previa para la constitución de personas jurídicas por parte de una Fundación que estaba previsto en el art. 45. 1 k) de la Ley 10/2005 y que ahora no aparece contemplado. Entendemos que debería regularse y detallarse los criterios que se utilizarán de base para decidir sobre la autorización.

OTRAS CONSIDERACIONES.

1. Se echa de menos un artículo dedicado a aclarar la regulación del Art. 16 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, en cuanto a la representación de los patronos en las reuniones del Patronato. Se producen problemas de interpretación en cuanto a:

- Posibilidad de que los patronos puedan delegar su voto en otro patrono en las reuniones del Patronato. Se propone se aclare que esta posibilidad se permite a todos los patronos, pero debiendo constar por escrito la delegación dirigida al patrono representante que deberá aportarla al Secretario de la fundación en el momento de la votación. En su caso, podrá determinarse en la delegación del voto, el sentido del mismo, siempre por escrito.
- Aceptación y representación en el Patronato de los patronos personas jurídicas y los patronos por razón del cargo. Se recomienda especificar que en el caso de los patronos por razón del cargo se especifique si cuando cambie el titular del mismo, es preceptiva la aceptación por el nuevo titular, o y que la sustitución que prevé la Ley en el Art. 16.2 se refiere a la sustitución en caso de ausencia, enfermedad o vacante.
- También sería aconsejable aclarar que la persona física designada por la persona jurídica para representarla en el Patronato no tendrá que aceptar el cargo de forma expresa, y su sustitución corresponderá al órgano que corresponda su designación según las normas de ordenación interna de la persona jurídica. Debe reconocerse de forma expresa a estos patronos la posibilidad de delegar representación y voto en las reuniones del Patronato, en las condiciones exigidas para ello.

2. Fundaciones del sector público. Debido a los problemas interpretativos que genera la lectura y aplicación práctica del Art. 55 de la Ley 10/2005, se entiende que el Reglamento sería el texto adecuado para introducir criterios aclaratorios.

Los problemas que se generan son dos:

1º. El primer criterio de clasificación de las fundaciones del sector público está referido a la participación de la Administración de la Junta de Andalucía en el momento de la constitución, entendiéndose que dicha disposición no puede ser aplicada con carácter retroactivo, puesto que llevaría a situaciones absurdas que encuadrarían dentro del sector público a fundaciones que ya no tienen una participación significativa de aquella. Se entiende necesario establecer esta cuestión de forma expresa.

2º. El segundo problema se genera en torno a la interpretación de la siguiente expresión “aquellas que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades”. Se desconoce qué parte del patrimonio debe ser considerada con un carácter de permanencia, y cuál debe quedar excluida de dicha clasificación, por lo que recomendamos el establecimiento de un criterio que permita aclarar esta cuestión, ya que se han llegado a hacer interpretaciones



incluso en el sentido de que debe considerarse como tal la dotación, lo cual sería repetir el primer criterio de clasificación contenido en este artículo.

En nuestra opinión el concepto de referencia debe ser simplemente el de patrimonio de la fundación según el concepto recogido en el Art. 28.1 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo.