

INTRODUCCIÓN

Juan Jesús Raposo Arceo

Doctor en Derecho

Profesor E. U. Empresariales Universidad de A. Coruña

La EGAP ha organizado en las fechas al inicio señaladas unas Jornadas que con el título «Aspectos Jurídico-Económicos de las Fundaciones», han estudiado uno de los temas de mayor actualidad en el ámbito de nuestra sociedad actual, cual es el tema de las fundaciones. Estas son instituciones sin ánimo de lucro que, afectando de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general constituyen, sin lugar a dudas, un mecanismo, una vía, mediante la cual la sociedad puede desarrollarse en libertad, y conseguir el fomento y promoción de iniciativas que contribuyan a la mejora de nuestro entorno social y humano y, lo que es fundamental, sin dependencia ni constricción alguna de los poderes públicos. Son por tanto un ámbito esencial de libertad y reflejo y termómetro del nivel de protección por un Estado de la autonomía de la voluntad y de la libertad de sus ciudadanos.

En este punto es necesario indicar la importancia de los temas tratados que, de forma muy diversa y heterogénea, nos muestran un panorama muy completo del derecho de fundaciones, y por ende, del estado de las mismas en nuestro sistema jurídico actual. Empieza el relatorio de las Jornadas con una exposición que lleva por título «A propósito de la reversión del patrimonio fundacional a la familia del fundador», del Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, Don Car-

los J. Maluquer de Motes Bernet. Dicho autor realiza una pormenorizada exposición de la regulación normativa de la reversión en el ámbito estatal y la confronta con el tratamiento de la cuestión en el ámbito gallego. Así, en primer lugar, se ocupa de la regulación de las fundaciones en liquidación en el artículo 31 de la vigente Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (en adelante Ley 30/1994), que establece la proscripción de la reversión del patrimonio fundacional al fundador o a su familia, esto es, el destino necesario del patrimonio de una fundación en liquidación habrá de ser el de la satisfacción de intereses generales, satisfacción que podrá ser verificada por instituciones privadas de análoga índole a la de la fundación que se disuelve, supuesto en que la elección podrá ser realizada por el fundador, el Patronato o el Protectorado, por dicho orden, o bien, como señala el apartado tercero del artículo citado, por entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general.

Continúa el autor citado con un análisis de la normativa gallega, en concreto del artículo 24 de la Ley 7/1983, de 22 de junio y del artículo 39 del Código Civil. Pues bien, del análisis de ambos resulta que se aprecia una cierta contradicción entre la precitada regulación estatal, conformadora de un destino preestablecido y aparentemente inmutable de los bienes fundacionales en caso de extinción de la Fundación, donde no cabe la reversión, y la regulación gallega, de la que parece inferirse «ab initio», un mayor protagonismo de la autonomía privada, consustancial con una institución de esta naturaleza, como es toda fundación, y que nos remite a lo que la carta fundacional «prima facie» y, subsidiariamente, el artículo 39 del Código Civil, predeterminen en la materia. Y entiende que el citado artículo 39 del Código Civil no concreta tal destino sino que hace mención a tres tipos de fuentes: la ley, los estatutos y las cláusulas fundacionales.

Pasa a continuación a estudiar la normativa rectora que entiende constituida por la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y el Real Decreto de 20 de mayo de 1852 que aprueba el reglamento de aquella. De su análisis llega a la conclusión de que no procede, en el supuesto de extinción de una fundación, la reversión de los bienes a favor del patrimonio del fundador o sus sucesores. Por último analiza la Constitución de 1978 y llega a idéntica conclusión, por entender que dicho texto ratifica, en su artículo 34, la irreversibilidad de los bienes a favor del fundador, toda vez que entiende que el reconocimiento constitucional solamente tiene sentido «... cuando se realiza una fundación con una finalidad de interés general... y para que pueda desprenderse definitivamente el patrimonio de los bienes particulares del fundador o fundadores y no puedan confundirse ni ahora ni después». Concluye diciendo

que se regula el derecho de fundación en el artículo 34 del texto constitucional, esto es, a continuación del reconocimiento constitucional del derecho de propiedad (artículo 33 CE), y dado que como éste está sujeto al cumplimiento de una función social, que en ningún caso puede contravenir, constituida la fundación, adquirida por ésta personalidad jurídica se verifica una disociación perpetua entre el fundador y los bienes que destina a la fundación, toda vez que se produce «... la independencia absoluta al inicio y para siempre de los bienes que la voluntad o las voluntades particulares atribuyen a la entidad, ya que dejan de constituir bienes particulares y pasan a ser bienes de la entidad».

A continuación se incluye la ponencia de Don Carlos Vattier Fuenzalida que, con la denominación de «El régimen del patrimonio fundacional», se ocupa de éste, considerando que desempeña un papel fundamental en el mundo de las fundaciones por dos razones: primera, por cuanto es un elemento fundamental para la subsistencia de aquellas; segundo, porque es básico para la determinación del concepto legal de fundación y marca el mayor o menor intervencionismo de la normativa en la materia. Por otra parte distingue en el patrimonio fundacional dos aspectos: la composición del patrimonio y su gestión, existiendo variedad de regulaciones al respecto, admitiéndose una tendencia normativa de una gran libertad en el primer aspecto, y manteniéndose un fuerte intervencionismo en el segundo, que a veces se hace más agobiante en la legislación autonómica (ej. La ley valenciana 8/1998, de 9 de diciembre). Tras analizar dicha normativa concluye que hay dos modelos de gestión del patrimonio fundacional: «... uno que pone el acento en el control externo de la Administración y otro que confía más en el autocontrol ejercido por el Patronato».

La gran diversidad legislativa hace que el autor se ciña al Derecho estatal en vigor, mencionando también el Anteproyecto de reforma existente en dicho ámbito y presentado en el Colegio de Registradores de España el mes de abril de 2001. Analiza en primer lugar algunas características del patrimonio fundacional, señalando entre las mismas su configuración como un patrimonio separado y propio de la fundación, adscrito, destinado y vinculado a un fin, que debe existir en el momento de constituirse la fundación, que es irreversible y que constituye una masa diferenciada dentro del patrimonio de la fundación. En segundo lugar estudia la composición del patrimonio y el embargo de bienes, señalando que la fundación puede ostentar la titularidad de toda clase de bienes y derechos, incluyendo las deudas, y que deben ser susceptibles de valoración económica. Por último estudia pormenorizadamente, el régimen de los actos de disposición, refiriéndose inicialmente a las técnicas de control administrativo de los mismos: autorización previa del Protectorado y la dación de cuenta o comunicación al mismo, a las que

se une la publicidad obligatoria en el Registro de Fundaciones. A continuación distingue la tipología de actos sujetos a control y los bienes afectados por dicho control. Entiende el autor que la doctrina, de forma casi unánime, critica estos mecanismos de control, pero considera que el Anteproyecto no resuelve esta problemática, limitándose «... a mitigar algo la intervención del Protectorado».

Concluye su exposición con un análisis de la atribución de liberalidades a la fundación, señalando que «... está sujeta también a límites y restricciones, que no parecen compatibles con su plena capacidad». Y, tras analizar el régimen actual, indica que en el referenciado Anteproyecto se aproxima al régimen de autocontrol encomendado al Patronato de la fundación.

Interviene a continuación el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña Don Domingo Bello Janeiro, con una ponencia relativa a la normativa gallega de fundaciones. En la misma señala que nuestro Estatuto de Autonomía de Galicia recoge «la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil gallego» como competencia exclusiva (cfr. artículo 27.4 E.A.G.), así como también «el régimen de fundaciones de interés gallego» (cfr. artículo 27.6 E.A.G., e indica a continuación que, mientras que la actualización de aquel no se realizó sino en fecha relativamente tardía (Ley 4/1995, de 24 de mayo), las fundaciones fueron objeto de inicial y temprana regulación en nuestra autonomía, tal como acreditan la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego y el Decreto 193/1984, de 6 de septiembre, sobre el reglamento de organización y funcionamiento del protectorado de las fundaciones de interés gallego, que fueron objeto de modificaciones ulteriores (Ley 11/1991, de 8 de noviembre, desarrollada reglamentariamente por Decreto 248/1992, de 18 de julio).

Señala Domingo Bello que dicho marco normativo habrá de ser completado en el ámbito gallego por la Ley de personal y contratación en empresas y fundaciones participadas mayoritariamente por la Xunta, aprobada el 6 de noviembre de 1996, y de la que dice «... se debe destacar su rigor ya que supone un aumento del nivel de control y una garantía de transparencia y objetividad en las actividades de dichas sociedades en lo que se refiere a la gestión económica, al control financiero y a la contratación de personal, que no tiene parangón en la legislación española».

A continuación procede a analizar la interacción en el ámbito gallego de la normativa estatal configurada por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, destacando las concordancias y divergencias con la normativa gallega sobre fundaciones.

Estudia el autor en su intervención, en primer lugar, el ámbito de

aplicación de la normativa gallega, señalando que se consideran como «fundaciones de interés gallego» aquellas que desarrollan sus funciones primordialmente en Galicia, aunque no estén domiciliadas en la Comunidad Autónoma, así como las que tengan como objetivo la consecución de fines de interés gallego pero no tengan su domicilio en Galicia y desarrollen fuera de la Comunidad sus actividades fundamentales y las que estén domiciliadas en la Comunidad Autónoma con independencia de donde se desarrollen sus actividades.

Se indica en la ponencia que uno de los aspectos centrales de la determinación del ámbito de aplicación de la legislación gallega de fundaciones viene derivado del desarrollo principal de sus actividades en Galicia, y que el complejo y extenso ámbito de aplicación puede generar conflictos de leyes con otras Comunidades, «... especialmente en el caso de fundaciones domiciliadas en Galicia que desenvuelvan su actividad principal fuera, que habrá de resolverse conforme a la legislación estatal, de acuerdo con la competencia exclusiva del Estado sobre las normas para resolver conflictos de leyes consagrado en el artículo 149.1.8».

En segundo lugar se analiza en la ponencia el proceso de constitución de fundaciones en la normativa gallega, de forma muy prolija y detallada, por lo que nos limitaremos a reseñar algunos de los enunciados más destacados por el autor. Tras destacar que la legislación gallega (cfr. artículo 2.1 de la ley gallega), a diferencia de la normativa estatal, recoge explícitamente la posibilidad de constituir fundaciones de interés gallego por personas jurídico públicas, señala que a las fundaciones subsumidas en el ámbito de aplicación de la referenciada Ley de 5 de noviembre de 1996, están sujetas a fiscalización de la Intervención General de la Xunta y además del Consejo de Cuentas, «... que le presentará su informe al Parlamento de Galicia, exigiendo que el personal y cuadros directivos de las referidas fundaciones sean contratados, mediante anuncio público de convocatoria, con respeto a los principios de mérito y capacidad». Se refiere a continuación a la capacidad, cuestión ésta en que se aplica subsidiariamente, y en defecto de normativa autonómica, la legislación estatal. Se recoge el principio de libertad de forma en la constitución, si bien en el supuesto de que ésta sea «inter vivos» se exige de modo necesario escritura pública.

En relación con la dotación patrimonial destaca Domingo Bello que frente al criterio de la permisibilidad de la dotación sucesiva, la ley gallega impone su aportación inicial, con independencia de su modificación ulterior. Se ocupa seguidamente de los requisitos exigidos para la cualificación de una fundación como «de interés gallego», y señala que la inscripción en el Registro de fundaciones de interés gallego tiene carácter constitutivo. Por último trata en este apartado el tema del gobierno de la fundación, y destaca que la normativa gallega exige que el

secretario y el presidente de la fundación, salvo que los estatutos establezcan otra cosa, sean elegidos entre los miembros del Patronato, mientras que el artículo 13.1 de la Ley 30/1984, permite que el cargo de secretario pueda recaer en una persona que no sea miembro del patronato; en cuyo caso tendrá voz pero no voto. Significa también el autor la regulación de la remuneración de los miembros del Patronato que, en el caso gallego, permite, siempre que los estatutos no lo prohiban y dentro de los límites reglamentariamente establecidos, la posibilidad de remuneración del miembro del patronato que sea apoderado general y ejerza sus funciones con dedicación exclusiva. Termina este apartado refiriéndose a la representación de la fundación, obligaciones de los miembros del patronato, el cese, la remoción y la responsabilidad de los mismos.

Finaliza Domingo Bello su exposición con un análisis de la «Gestión económica» de las fundaciones, señalando que la normativa gallega (Ley de Fundaciones y Decreto 248/1992), «... imponen el control por la Xunta de Galicia de la situación patrimonial de la fundación y de sus actividades al final de cada ejercicio económico y la formulación necesaria del presupuesto siguiente, ordinario o extraordinario, todo esto para lograr la correspondiente aprobación del Protectorado». A continuación se ocupa de los elementos que pueden integrar el patrimonio de la fundación, la regulación de la adquisición y la enajenación, en sus distintas modalidades, de los bienes del patrimonio fundacional, destacando que en la legislación autonómica (cfr. artículo 20 del Decreto 248/1992), a diferencia de la estatal, «... los órganos de gobierno de la fundación pueden libremente y bajo su responsabilidad constituir gravámenes o garantías sobre los bienes de la fundación para lo que no se requiere autorización del Protectorado, aunque sí la comunicación salvo para gravar los bienes que constituyen la dotación de la fundación que exige autorización previa».

A continuación el autor señala la posibilidad de las fundaciones de participar en sociedades mercantiles, menciona la obligación de destinar el ochenta por ciento (a diferencia de la legislación estatal que establece el setenta por ciento), de las rentas y restantes ingresos fundacionales a la actividad de la fundación, y recoge la especificidad de la normativa gallega que establece en el artículo 19 de la ley autonómica de fundaciones que las cantidades que obtenga excepcionalmente y con autorización del protectorado la fundación por sus actividades, no podrán exceder del costo real del servicio o prestación, sin margen comercial de ninguna clase. La ponencia finaliza con una breve referencia a las modificaciones estatutarias, transformaciones, agregaciones, fusiones y a la extinción de la fundación.

La Abogado del Estado, Doña Consuelo Castro Rey, interviene en las Jornadas con una ponencia titulada «Régimen Fiscal de las Fundaciones

y del Mecenazgo». En ella, tras una introducción, en que se define lo que se entiende por fundación, se describen sus caracteres y se señala el régimen jurídico vigente de las mismas, procede a un análisis pormenorizado de su régimen fiscal, indicando que, «Como premisa general, hay que señalar que en todos los tributos las fundaciones disfrutan de un régimen fiscal privilegiado, que se justifica por el interés del Estado en fomentar y proteger la contribución de los ciudadanos al logro de finalidades de interés general».

Estudia primero las fundaciones en el impuesto de sociedades, indicando que es sujeto pasivo de dicho impuesto, pero con el indicado régimen privilegiado que «... se concreta en un sistema de sujeción, pero con determinadas exenciones y reducciones, así como un tipo impositivo inferior al general». Seguidamente señala que existen dos regímenes distintos de tributación de las fundaciones, uno de mayor privilegio, reservado a fundaciones que cumplan determinados requisitos y que está regulado por la Ley 30/1984, y otro de menor privilegio, para aquellas fundaciones que no cumplan dichos requisitos, y cuya regulación aparece contenida en los artículos 133 a 135 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

Procede a continuación a un análisis exhaustivo de ambos regímenes, con especial atención al primero, pasando inmediatamente a un estudio, más somero, de la incidencia de los distintos tributos sobre las fundaciones. Así se ocupa en primer lugar de las fundaciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y en los tributos locales, refiriéndose en este último apartado al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, al de Actividades Económicas, y sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.

Termina su exposición con un apartado sobre el régimen fiscal de las aportaciones a fundaciones y de otras actuaciones de mecenazgo. Considera comprendidas dentro del concepto de mecenazgo «todas aquellas modalidades de contribución privada a fines de interés general en las que no es exigible la permanencia o continuidad en la persecución del fin», e incluye dentro de las mismas tres tipos de actuaciones: las aportaciones a fundaciones, los convenios de colaboración con fundaciones y la realización directa de actividades de interés general, estudiando en cada caso los beneficios fiscales de la realización de aquellas.

Es preciso destacar la existencia en las Jornadas de dos Comunicaciones, la primera verificada por la Profesora de la Universidad de Santiago de Compostela, y experta en materia de fundaciones, Doña Antonia Nieto Alonso, cuyo título es «La Fundación. Neutralidad de sus fines». En ella analiza, con un gran aparato bibliográfico, la neutralidad de los fines de las personas jurídicas, con especial referencia a las fundaciones,

la problemática de la realización de actividades mercantiles e industriales, la figura de la Fundación-Empresa, y otras posibles manifestaciones de los objetivos heterogéneos que persiguen las Fundaciones, menciona aquí las Fundaciones Comarcales en Galicia, las Cajas de Ahorro, como fundaciones de carácter peculiar, las relaciones entre el fideicomiso, el trust y las fundaciones, y por último se refiere al papel de las fundaciones en la gestión sanitaria. Como resumen de su comunicación, concluye que defiende la «neutralidad y fungibilidad» de los fines de las personas jurídicas, y que es preciso replantearse el papel de estas instituciones sin fines lucrativos en el tráfico económico, cuestión esta, que tal como acertadamente señala, tiene en materia de Fundación-Empresa, grandes repercusiones civiles, mercantiles y laborales. Concluye con el tema de carácter constitucional de si la defensa de la neutralidad de los fines fundacionales «... encaja en el respeto al «contenido esencial» de los derechos, como el de fundación, art. 34 CE.

La segunda comunicación corresponde a Don Julio César Barreto Rocha, de la Universidad de A Coruña, y lleva por título «Neoliberalismo brasileño: das fundações privadas ás organizações sociais». Tras una introducción relativa al concepto de «neoliberalismo» y su reflejo en la normativa brasileña, procede a la elección de tres leyes que analiza pormenorizadamente: La ley de Fundações de apoyo a la Universidad, la Ley de Organizaciones Sociales, y la Ley de clasificación de Organizaciones de la Sociedad Civil de Interés Público. Y concluye con una serie de disquisiciones acerca de la incidencia de dicha normativa en una sociedad como la brasileña, con grandes diferencias de clases, fuertes tensiones sociales, enormes problemas de seguridad y graves quiebras en la propia estructura de un Estado necesitado de profundas y rápidas reformas. Señala que la cuestión en última instancia radica en determinar como cabe verificar la gerencia de recursos públicos, con estructura pública, con personal remunerado (con dichas leyes de forma dúplice) con dinero público, a partir de una estructura privada [las fundaciones]. Y se pregunta ¿Cómo responsabilizar al Estado, patrocinador de esta dualidad, incentivador de esa transferencia, beneficiario de la ingerencia, creador teratológico del ente no-privado y no público?. Señala que la doctrina siempre fue contraria a dicha amalgama de lo público y lo privado. Menciona a continuación la problemática que planteó la aplicación de las leyes referenciadas, y la dificultad que en Brasil genera la interacción público-privado.

A las ponencias y comunicaciones referenciadas se añaden, como apéndice, la normativa básica reguladora de las fundaciones, tanto estatal como la de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Terminamos nuestra referencia a las Jornadas señalando la importancia de las Fundaciones en la sociedad de nuestros días, como un meca-

nismo de que ésta dispone para intervenir en el mundo actual. En este sentido es particularmente significativa la preocupación que este tema suscita y que es apreciable, no sólo en un nivel teórico o doctrinal, del que son buena muestra las presentes Jornadas que aquí mencionamos, sino la normativa en la materia, pues en el ámbito autonómico ha sido objeto de reiterada regulación, y en el ámbito estatal se está elaborando un proyecto de ley de fundaciones y mecenazgo, cuyos rasgos básicos (según Noticiero Jurídico Aranzadi Legislación, Año III, n.º. 120), podemos resumir diciendo que son los siguientes: creación de una deducción del treinta y cinco por ciento en la cuota del impuesto sobre Sociedades y la ampliación de las actividades que están exentas de este tributo, la liberalización total de la posibilidad que tienen las fundaciones de entrar en sociedades mercantiles, puesto que se prevé la eliminación de los controles administrativos previos sobre entidades sin ánimo de lucro; la desaparición también del sistema de concesión administrativa para aplicar el régimen fiscal especial del que disfrutaban, que será sustituido por un régimen de opción. Se eximirán del Impuesto sobre Sociedades aquellas fundaciones destinadas a la asistencia social, a la sanidad, la cultura, la educación, y la investigación y desarrollo.

Por otra parte el nuevo proyecto aumentará la desgravación en la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por donaciones a estas entidades, y ampliará los supuestos que dan derecho a esa deducción, como los donativos de bienes, las aportaciones a fundaciones o las donaciones para rehabilitación y mejora de infraestructuras en ciudades Patrimonio de la Humanidad.

El objetivo de dicha norma es el impulso de la participación del sector privado en el área de interés social, en el desarrollo cultural, en prestaciones de asistencia social y en aquellas actividades no realizadas por el Estado, bien por carencia presupuestaria, bien porque parecen consustanciales con la iniciativa privada. Por último, pretende estimularse a través de dicha disposición el voluntariado social. ■