

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

Departamento de Publicaciones

NICES: 431-2005

Colección Dictámenes

Número 4/2005

La reproducción de este Dictamen está permitida citando su procedencia.

Primera edición, junio de 2005

Edita y distribuye:

Consejo Económico y Social.

Huertas, 73. 28014 Madrid. ESPAÑA.

Tel.: 91 429 00 18 - Fax: 91 429 42 57

E-Mail: institucional@ces.es

Información en Internet: <http://www.ces.es>

ISSN: 1134-5152

Depósito legal: M. 26.604-2005

Imprime: Imprenta Fareso, S. A. Paseo de la Dirección, 5. 28039 Madrid

SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL



De conformidad con las competencias atribuidas al Consejo Económico y Social por la Ley 21/1991, de 17 de junio, previo análisis y tramitación por la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad, y de acuerdo con el procedimiento previsto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento Interno, el Pleno del Consejo Económico y Social aprueba en su sesión extraordinaria del día 31 de mayo de 2005 el siguiente

D i c t a m e n

I. ANTECEDENTES

Con fecha 15 de abril de 2005 tuvo entrada en este Consejo Económico y Social escrito de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia por el que se solicitaba a este Consejo la emisión de un Dictamen, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.1.1.2 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal. La solicitud de emisión de Dictamen fue trasladada a la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad para que ésta procediera a la elaboración de la correspondiente propuesta.

El Proyecto viene acompañado de una Memoria justificativa en la que se señala la profunda reforma llevada a cabo por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, respecto a la regulación

de estas entidades hasta entonces vigente, contenida en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

Como opción de política legislativa, la Ley 50/2002, que el presente Proyecto de Reglamento desarrolla, recoge únicamente las cuestiones sustantivas y procedimentales, mientras que los aspectos tributarios se regulan por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que ha sido desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre.

Ambos Anteproyectos de Ley fueron dictaminados sucesivamente por este Consejo¹, que valoró positivamente la reforma de la citada Ley

¹ Dictamen CES 2/2002 sobre el Anteproyecto de Ley de Fundaciones y Dictamen CES 3/2002 sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

30/1994, en la medida en que venía a dar respuesta a las necesidades planteadas por el sector, así como a potenciar y ayudar a encauzar los esfuerzos privados hacia el logro de objetivos de interés general. Además, en relación con el Anteproyecto de la Ley de Fundaciones el CES formuló una serie de observaciones al articulado que fueron recogidas casi en su totalidad a lo largo del proceso legislativo, y otras de carácter general, entre las que figuraba la petición, ahora atendida, de que el Proyecto de Reglamento fuera sometido a Dictamen de esta institución.

El Proyecto de Real Decreto objeto de Dictamen, que trae causa de la habilitación contenida en la disposición final cuarta de la Ley 50/2002, destaca que el desarrollo reglamentario de

dicha Ley tiene, entre otras finalidades, la de facilitar su aplicación para garantizar la eficacia en la gestión de las fundaciones, para lo cual concreta determinados aspectos del régimen de las fundaciones de régimen estatal y regula las funciones y organización del Protectorado y del Consejo Superior de Fundaciones.

Para explicar el contenido y alcance del Proyecto de Real Decreto y atender a las preguntas que sobre la materia les fueron planteadas, comparecieron el día 11 de mayo de 2005 ante la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad, representantes de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia, así como de la Asociación Española de Fundaciones.

II. CONTENIDO

El Proyecto de Real Decreto consta de un artículo único aprobatorio del Reglamento de fundaciones de competencia estatal, dos disposiciones adicionales, que establecen que la adaptación de las normas del Plan General de Contabilidad para las entidades sin fines lucrativos será objeto de desarrollo reglamentario específico, y que el Registro de Fundaciones de competencia estatal se registrará por su propia normativa aunque, tal y como dispone la disposición transitoria única, hasta tanto no se apruebe dicha normativa los Registros actualmente existentes se seguirán rigiendo por el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo. La disposición derogatoria única deroga de forma específica una serie de normas además de aquellas otras disposiciones de igual o inferior rango que se opongan y la disposición final fija la entrada en vigor.

Por su parte, el Reglamento consta de 55 artículos, estructurados en nueve capítulos, cuatro disposiciones adicionales y una transitoria.

El capítulo I (artículos 1 a 4), que contiene las disposiciones generales, además de señalar el ob-

jeto de esta norma de desarrollo, determina su ámbito de aplicación, que alcanza a las fundaciones y delegaciones de fundaciones extranjeras que actúen principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, así como a las fundaciones del sector público estatal y a las fundaciones laborales de competencia estatal, excluyendo en cambio a las fundaciones públicas sanitarias y las integrantes del Patrimonio Nacional. Además, se regulan en este capítulo aspectos relacionados con la denominación de las fundaciones y con los requisitos de la escritura pública de establecimiento en España de la delegación de una fundación extranjera.

El capítulo II (artículos 5, 6 y 7), relativo a la constitución de la fundación, recoge las normas para acreditar la realidad de las aportaciones a la dotación y las reglas de valoración de las mismas, según su naturaleza, así como las disposiciones relativas al proceso de formación de la fundación.

El capítulo III (artículos 8 a 15), que se dedica al gobierno de la fundación, tiene carácter supletorio, en defecto de lo que dispongan los

Estatutos fundacionales, y recoge disposiciones relacionadas con la convocatoria y la constitución del Patronato, con su composición, con la forma de adoptar acuerdos, con la forma y contenido de las actas, con las funciones del Presidente, el Vicepresidente y el Secretario, y con los límites de las facultades de otros órganos distintos del Patronato que puedan ser creados por la fundación.

El capítulo IV (artículos 16 a 22) se refiere al patrimonio de la fundación, y en él se recogen las normas relativas a la composición del patrimonio, con la relación de los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica, el régimen de disposición y gravamen de los bienes, distinguiendo los actos sometidos a un régimen de autorización previa del Protectorado, de aquellos otros sometidos a un régimen de comunicación posterior. Asimismo, se regula el contenido de la solicitud de autorización y de la comunicación, así como las comunicaciones relativas a herencias, legados y donaciones previstas en el artículo 22 de la Ley 50/2002. Por otro lado, se establece el procedimiento de autorización administrativa, contemplando el supuesto de autorización anual para la enajenación de valores, y se concretan los efectos de la falta de autorización o comunicación. Finalmente se establece el procedimiento y las obligaciones del Protectorado y el Patronato en caso de reducción grave de los fondos propios de la fundación.

El capítulo V (artículos 23 a 34) regula la actividad de la fundación y su gestión económica y se estructura en tres secciones. La primera de ellas se dedica a las actividades fundacionales, entre las que se incluyen, además de las actividades realizadas por la fundación para el cumplimiento del fin que le es propio, las actividades mercantiles relacionadas, complementarias o accesorias, que podrán realizarse mediante participación en sociedades, con ciertos requisitos. Asimismo, se recoge la obligación de informar sobre el cumplimiento de los códigos de conducta para la realización de inversiones temporales. La sección 2.^a, relativa al plan de actuación, la contabilidad y la auditoría, regula el contenido, el procedimiento y los plazos de aprobación y notificación del plan anual de actuación, estipula los libros de

contabilidad que deben llevar las fundaciones y detalla el contenido y el procedimiento de elaboración y aprobación de las cuentas anuales y, en su caso, de las cuentas anuales consolidadas.

Asimismo, a efectos de elaboración de la Memoria anual, se establece la forma de identificar, describir y cuantificar las actividades fundacionales y se fijan las normas relativas a la auditoría externa. En cuanto a la gestión económica, regulada en la sección 3.^a, la norma introduce disposiciones precisas para determinar cuándo se entiende cumplido el requisito de destinar el 70 por 100 del resultado contable a los fines fundacionales, establece un límite a los gastos de administración e incluye las condiciones para que los patronos puedan ser remunerados o contraten con la fundación.

El capítulo VI (artículos 35 a 38) establece los procedimientos de modificación estatutaria, de fusión de fundaciones, de extinción y de liquidación de la fundación extinguida, y el capítulo VII (artículo 39) regula el procedimiento de intervención judicial temporal en caso de grave irregularidad en la gestión económica de la fundación.

El capítulo VIII (artículos 40 a 48) se dedica al Protectorado y establece las normas relativas a su organización general y a sus atribuciones, entre las que se encuentran las funciones de apoyo, impulso y asesoramiento, las funciones relacionadas con el proceso de constitución, las funciones en relación con el Patronato, las funciones en relación con el patrimonio de la fundación, las funciones relativas al cumplimiento de fines, las funciones en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones y las funciones relacionadas con el ejercicio de acciones legalmente previstas.

El capítulo IX y último (artículos 49 a 55) regula la naturaleza, las funciones, la composición, los órganos y el funcionamiento del Consejo Superior de Fundaciones, creado por la Ley 50/2002, como órgano de carácter consultivo con la finalidad de asesorar e informar sobre las disposiciones de carácter estatal que afecten a las fundaciones y proponer las actuaciones necesarias para su promoción y fomento. Está adscrito al

Ministerio de Administraciones Públicas e integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las fundaciones.

En cuanto a las disposiciones adicionales, la primera delimita las fundaciones que son consideradas de carácter laboral; la segunda encarga a la Intervención General de la Administración del Estado la auditoría externa de las fundaciones del sector público estatal en las que concurren las circunstancias señaladas en el artículo 25.5 de la Ley 50/2002; la tercera establece el carácter subsidiario de esta norma respecto a los acuerdos con

la Iglesia Católica y con otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas; y, la cuarta autoriza a los departamentos ministeriales que actualmente ejerzan el Protectorado sobre fundaciones para adoptar conjuntamente las disposiciones precisas para la aplicación y desarrollo de lo establecido en el Reglamento.

Finalmente, la disposición transitoria primera dispone que hasta que entre en funcionamiento el Registro Único de Fundaciones de competencia estatal, las funciones señaladas en el artículo 40.2 de este Reglamento serán ejercidas por los Registros de Fundaciones actualmente existentes.

III. OBSERVACIONES GENERALES

En su Dictamen 2/2002, de 20 de marzo, sobre el Anteproyecto de Ley de Fundaciones el CES valoró positivamente el establecimiento de un marco regulador que diera respuesta a las necesidades de flexibilidad y autonomía planteadas por el sector, a la vez que potenciase y ayudase a encauzar los esfuerzos privados hacia el logro de objetivos de interés general. Pues bien, en tanto que el Proyecto de Real Decreto objeto de este Dictamen viene a desarrollar aquella Ley, el CES mantiene una valoración general positiva, ya que se articulan distintas previsiones llamadas a asegurar el adecuado funcionamiento y la eficacia en la gestión de aquellas entidades.

No obstante, el Consejo muestra su preocupación porque en ocasiones existe un exceso de celo reglamentista en el contenido del Proyecto de Real Decreto dictaminado, lo que se manifiesta en determinados requisitos exigidos a los que se aludirá con más detalle en el capítulo de observaciones particulares, y que podrían originar dificultades burocráticas en el gobierno y gestión de la fundación.

El Proyecto de Real Decreto, pese a su carácter reglamentario y por tanto sujeto al principio de jerarquía normativa y consiguientemente a las limitaciones impuestas por la Ley, alcanza una especial

relevancia en cuanto instrumento de aplicación de la Ley 50/2002, de Fundaciones. Por ello, parece necesario que se busque la máxima concordancia del Proyecto de Reglamento con los presupuestos y objetivos definidos en el texto de la Ley, a fin de no entrar en contradicción con el espíritu de aquella y evitar, además, que se originen trabas al desenvolvimiento cotidiano del fenómeno fundacional.

De otra parte, el CES realiza una serie de observaciones particulares tendentes a evitar el riesgo de inseguridad jurídica que se podría desprender de la redacción confusa de algunos apartados del Proyecto.

Asimismo, el Consejo entiende que la mención, a lo largo del articulado, a la posible responsabilidad de los patronos en supuestos concretos puede generar confusión y cierta preocupación, ya que podría entenderse que se están tipificando acciones o conductas diferentes a las ya contempladas en el artículo 17 de la Ley 50/2002. Por esta razón el Consejo cree que son innecesarias tales menciones y que basta con la referida previsión legal.

El Proyecto de Real Decreto deja pendiente de un futuro desarrollo reglamentario específico las modificaciones que, como consecuencia de la Ley

50/2002, sea preciso realizar en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad para las entidades sin fines lucrativos. Este desarrollo se ha llevado a cabo, respecto al régimen simplificado de contabilidad, por el Real Decreto 296/2004, pero en él sólo se contempla la llevanza de la contabilidad, a través del libro diario simplificado, no habiéndose regulado aún los modelos de cuentas simplificados. Debe recordarse, por tanto, la necesidad de aprobar, en el menor plazo, la adaptación del citado Plan, así como la aprobación de dichos modelos de cuentas anuales.

En este mismo orden de ideas, está pendiente de aprobación la normativa reguladora del Registro de Fundaciones. Mientras no se apruebe, los Registros de Fundaciones actualmente existentes continuarán rigiéndose por el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo. Este aspecto es más llamativo, aún, si se tiene en consideración que la Ley de Fundaciones de 1994 ya anunciaba la creación de un Registro Único de Fundaciones. Conviene reiterar, una vez más, la urgencia de dar continuidad al desarrollo normativo de este sector.

IV. OBSERVACIONES PARTICULARES

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 3. Denominación de las fundaciones

En relación con la autorización de uso del nombre de una persona física o de la denominación de una persona jurídica, prevista en el apartado 3, este Consejo entiende que la norma no debiera exigir la comparecencia del autorizante o de su representante legal en el acto de constitución de la fundación, y permitir, en cambio, la formalización previa de dicha autorización por otros medios, bien ante notario, bien en documento privado con firmas legitimadas.

Por otro lado, el Reglamento debería contemplar la acción de amparo del Protectorado en caso de que una entidad no lucrativa utilice la denominación de una fundación previamente inscrita, salvo que dicha acción se establezca en la normativa reguladora del Registro de Fundaciones.

Capítulo III. Gobierno de la fundación

Teniendo en cuenta que el espíritu de la Ley 50/2002 se dirige a facilitar el funcionamiento y gestión de las fundaciones, debe evitarse que el desarrollo reglamentario que con carácter subsidiario se establece en este capítulo pueda originar trabas para el desarrollo de la actividad de estas organizaciones.

Artículo 8. Normas de organización del Patronato

Sin perjuicio de lo establecido en la Ley, este precepto establece que las disposiciones recogidas en el capítulo III se aplicarán en defecto de la regulación contenida en los estatutos de las fundaciones. A juicio de este Consejo, y en aras de una mayor claridad interpretativa del Reglamento que se informa, sería conveniente que, a estos efectos de regulación subsidiaria, no se incluyeran en este capítulo lo que ya constituyen normas de obligado cumplimiento conforme a la Ley 50/2002, como el registro de los actos de delegación o apoderamiento, o la llevanza de libro de actas.

Artículo 9. Convocatoria y constitución del Patronato

En opinión del CES, en el caso de las fundaciones no se justifica la obligación, que rige para las juntas generales de las sociedades anónimas, de comunicar la convocatoria de las reuniones del Patronato con quince días de antelación, y considera que debiera bastar la notificación en un plazo significativamente inferior.

Por otro lado, resulta excesiva la exigencia de presencia de la mayoría absoluta de los patronos

para la adopción de acuerdos del Patronato, sobre todo teniendo en cuenta que la Ley no establece dicho quórum.

Artículo 10. Composición del Patronato

El CES considera que debería preverse en la norma la necesidad o no de que la o las personas físicas nombradas como representantes acepten su designación.

Artículo 12. Actas de las sesiones del Patronato

En el apartado primero de este artículo se estipula que las actas deberán hacer constar los asistentes, sin que se exija expresamente que se distinga entre los patronos presentes y los representados, como sería deseable para incluir en el acta las delegaciones de voto.

Por otro lado, parece excesiva e inusual la exigencia, contenida en el apartado segundo, de que en las actas conste el voto contrario o favorable de cada patrono. Esto sólo debería producirse cuando así lo solicite el patrono interesado en justificar su voto.

Finalmente, dado que existen fundaciones en las que transcurre un gran lapso de tiempo entre sesión y sesión, este artículo debería contemplar en su apartado tercero la posibilidad de que las actas pudieran ser también aprobadas por dos interventores, nombrados por el Patronato de entre los asistentes a la reunión, en un plazo máximo de 30 días desde la celebración de la sesión.

Artículo 14. Funciones del Secretario del Patronato

Parece razonable que, del mismo modo que se contempla la figura de los Vicepresidentes, se regule en este artículo la figura del Vicesecretario, que asumiría las funciones del Secretario en caso de vacante, ausencia o enfermedad del mismo y, en general, cuando el Secretario se vea imposibilitado para el ejercicio de sus funciones por un periodo de tiempo significativo.

Artículo 15. Otros órganos de la fundación

El CES considera que debería precisarse la no obligatoriedad de regular en los Estatutos la composición y funciones de otros órganos de la fundación distintos del Patronato, porque lo contrario exigiría modificaciones estatutarias, con las consiguientes cargas económicas y administrativas, cada vez que la fundación decida, en función de sus necesidades, crear órganos secundarios, de carácter temporal o permanente.

Capítulo IV. Patrimonio de la fundación

Artículo 17. Régimen de disposición y gravamen de los bienes de la fundación

El apartado segundo de este artículo sujeta al régimen de comunicación todos los actos de disposición, a título oneroso o gratuito, de bienes y derechos que no formen parte de la dotación ni estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales. A este respecto, teniendo en cuenta que el objetivo declarado en la Exposición de Motivos de la Ley 50/2002 era sustituir el sistema de autorización previa por la simple comunicación al Protectorado para los actos o negocios contemplados en la Ley 30/1994, el CES considera que los mencionados actos de disposición deberían considerarse exentos de dicha obligación cuando su importe sea igual o inferior al 20 por 100 del activo de la fundación.

Artículo 18. Contenido de la solicitud de autorización y de la comunicación

El CES considera que la exigencia de una valoración de los bienes y derechos realizada por experto independiente supone un aumento innecesario de gastos para la fundación, sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 19.2 ya establece la facultad del Protectorado para solicitar una valoración pericial del acto de disposición o gravamen.

Por otra parte, el Proyecto equipara el tratamiento de la solicitud de autorización y de comunicación, de manera que en ambos casos se requiere acuerdo del Patronato y valoración por

experto independiente, entre otros requisitos. Sin embargo, el CES considera que debería darse un tratamiento diferenciado a ambos supuestos, eliminándose los mencionados requisitos para los casos que sólo requieran comunicación y, en todo caso, siempre que se trate de operaciones de escasa relevancia, esto es, que no superen el 20 por 100 del activo.

Artículo 19. Procedimiento de autorización administrativa

En el apartado segundo se prevé que el Protectorado pueda pedir una valoración pericial del acto de disposición o gravamen, y como ello depende de la propia voluntad del Protectorado debería, en opinión del CES, aclararse que el coste de tales pericias deberá ser sufragado por aquél, del mismo modo que el artículo 6.2 establece que las valoraciones realizadas por un experto independiente de las aportaciones no dinerarias son a costa del aportante o del Patronato.

Por otro lado, iría en beneficio de las fundaciones que el plazo máximo de tres meses para conceder o denegar la autorización se redujera sustancialmente.

Asimismo, este Consejo considera inapropiado que se faculte al Protectorado para juzgar la oportunidad del negocio jurídico, tal y como establece el apartado quinto, y entiende que se debería optar por un tratamiento similar al que se prevé para otros actos de especial relevancia en la vida fundacional en los que el Patronato acuerda dichas actuaciones conforme al interés de la fundación, y se faculta al Protectorado para oponerse a ellos por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado.

Adicionalmente, el Consejo entiende que la expresión «negocio jurídico» debería sustituirse por la más exacta de «actos de disposición o gravamen».

Artículo 20. Autorización anual para la enajenación de valores cotizados

El sistema de autorización anual y comunicación trimestral establecido en el Reglamento para

la enajenación de valores cotizados parece, en opinión del CES, excesivo y difícil de cumplir dado el riesgo de volatilidad de la Bolsa, por lo que estima más adecuado incluir un sistema de autorización indefinida y un régimen de comunicación anual.

La norma debería prever, asimismo, un sistema similar de autorización y comunicación para la enajenación de bienes inmuebles que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, tal y como se contemplaba con carácter general en el Reglamento de 1996.

Por otro lado, la redacción de su apartado tercero es confusa. En él se contemplan dos requisitos diferentes: por un lado, la acreditación del importe de la cotización del día anterior al de la venta, y, por otro, «de ser necesaria autorización previa», la valoración de su cotización media del último trimestre. Si este artículo regula, en todo caso, las autorizaciones anuales para la enajenación de títulos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines, el CES entiende que el segundo de los requisitos sería redundante y bastaría con el primero señalado.

Artículo 21. Efectos de la falta de autorización o de comunicación

Este artículo prevé que cuando se realicen actos de disposición o gravamen sin la preceptiva autorización o comunicación, el Protectorado podrá entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o solicitar el cese de los mismos, sin perjuicio de que autorice *a posteriori* el negocio efectuado. En cambio, el Reglamento todavía vigente establece como primera opción del Protectorado, ante las enajenaciones defectuosas, la subsanación mediante la concesión posterior de la autorización, alternativa que, a juicio del CES, debiera mantenerse en la norma objeto de Dictamen, sin perjuicio de que como última opción reste la posibilidad de que el Protectorado ejerza la acción de responsabilidad contra los patronos.

Además, debería contemplarse expresamente la posibilidad de otorgar escritura pública de enajenación sometida a la condición suspensiva de concesión de autorización.

Artículo 22. Reducción grave de los fondos propios

En el supuesto de reducción grave de los fondos propios de una fundación, no parece coherente con la naturaleza de estas entidades exigir, como dispone la letra a) del apartado segundo, la modificación de los fines fundacionales para adecuarlos a los recursos, en lugar de exigir un plan de viabilidad para adaptar los recursos a los fines fundacionales.

En todo caso, resulta dudoso que las facultades que se atribuyen al Protectorado en este artículo estén amparadas por la Ley y, además, esta situación está ya prevista en el Proyecto de Reglamento cuando prevé la intervención temporal de la fundación (artículo 39) y recoge la facultad del Protectorado de promover la realización de estudios de viabilidad [artículo 42.c)].

Capítulo V. Actividad de la fundación y gestión económica

Artículo 23. Actividades de la fundación

La redacción de este artículo, que trata de distinguir y definir las actividades propias y las actividades mercantiles, resulta, en opinión del CES, bastante confusa, y debería ceñirse a la clasificación de actividades económicas contenida en el artículo 24 de la Ley 50/2002.

Artículo 24. Participación de la fundación en sociedades mercantiles

En coherencia con la observación general relativa a la responsabilidad de los patronos, este Consejo estima que debería suprimirse la mención incluida al final del segundo párrafo del apartado cuarto de este artículo.

Artículo 25. Códigos de conducta para la realización de inversiones temporales

Con el fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones contables a las fundaciones, y dado que las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad están pendientes de actualización,

sería recomendable que la norma permitiera a estas entidades informar del grado de cumplimiento de los códigos de conducta a través de la Memoria que acompaña a las cuentas anuales, en el apartado correspondiente a las inversiones financieras.

Artículo 26. Plan de actuación

El apartado segundo de este artículo incluye dentro del contenido del plan de actuación la estimación aproximada de los gastos a realizar en cada actividad y la descripción de las operaciones de financiación, concibiéndolo, por tanto, como un documento presupuestario, lo que es contrario al objetivo puesto de manifiesto en la tramitación de la Ley 50/2002 y declarado en la Exposición de Motivos que señala que «la obligación de aprobar un presupuesto anual ha sido sustituida por la de presentar un plan de actuación, con lo que, manteniéndose la finalidad esencial de ofrecer información acerca de los proyectos fundacionales, se facilita en gran medida la gestión de estas entidades».

Asimismo, en relación con el apartado tercero cabe formular dos consideraciones. Por un lado, resulta insuficiente el plazo de diez días establecido para remitir al Protectorado el plan de actuación y la certificación del acuerdo aprobatorio, porque parece improbable que en un lapso tan corto de tiempo pueda aprobarse el acta, certificar dicha aprobación y enviarla al notario para su legitimación. Sería más adecuado que el plazo se fijara respecto a la aprobación del acta y no respecto a la aprobación del plan de actuación y que, tal y como se sugirió respecto al artículo 12, las actas puedan ser aprobadas, en un plazo más corto, por dos interventores.

El artículo debiera precisar que las firmas a las que se refiere son las del Presidente y el Secretario. Además el CES entiende que la exigencia de legitimación notarial supone un coste innecesario para las fundaciones.

Artículo 28. Cuentas anuales

En lo que atañe a la aprobación de las cuentas anuales, el requisito de la firma de todos los

patronos presentes en la reunión en que fueron aprobadas no parece, a juicio del CES, coherente con la relevancia que debe darse a la facultad certificante del Secretario. Por otro lado, se reitera que la exigencia de legitimación notarial de las firmas puede entrañar un coste elevado para las fundaciones.

Adicionalmente, el plazo de subsanación de defectos formales contemplado en el apartado quinto debería ampliarse a un mes. En todo caso, el CES considera que los apartados quinto y sexto debieran unificarse en uno solo, dado que el Protectorado debe examinar en un plazo razonable las cuentas en su conjunto, incluyendo tanto los aspectos formales como los materiales.

Además, el apartado séptimo, que alude a la falta de contestación a los requerimientos realizados por el Protectorado, debiera concretar que se refiere a los requerimientos relativos a la rendición de cuentas.

Artículo 29. Cuentas consolidadas

En aras de una mayor concordancia de este precepto con lo dispuesto en el artículo 25.9 de la Ley 50/2002, debería precisarse que la obligación de formular cuentas anuales consolidadas atañe a las fundaciones que, encontrándose en los supuestos contemplados en la norma, realicen actividades económicas.

Artículo 30. Descripción de las actividades fundacionales en la Memoria

El desarrollo reglamentario de la obligación de incluir en la Memoria anual información detallada sobre las actividades fundacionales resulta, en opinión del CES, excesivamente prolijo. En este sentido, bastaría con una referencia al artículo 25.2 de la Ley 50/2002, en el que ya se establece de manera suficientemente amplia y concreta la información que debe incluir la Memoria, a fin de ofrecer una imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados de la fundación.

Por otro lado, el contenido y estructura de la Memoria deberá fijarse mediante la actualización

de las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a entidades sin fines lucrativos.

Finalmente, el CES llama la atención sobre el hecho de que no se desarrolle el contenido del inventario de los elementos patrimoniales al que hace referencia el inciso final del último párrafo del artículo 25.2 de la Ley 50/2002.

Artículo 31. Auditoría externa

En relación con la regulación de la auditoría externa contenida en este artículo, este Consejo entiende que se refiere a los supuestos de auditoría obligatoria que establece el artículo 25.5 de la Ley 50/2002, aspecto que se debería mencionar expresamente.

En relación con la posibilidad prevista en la letra b) del apartado 3, relativa a la facultad del Protectorado de solicitar el nombramiento de auditores en el caso de que los designados por el Patronato no puedan cumplir sus funciones por cualquier causa justificada, convendría establecerse a quién le corresponde determinar si un auditor se encuentra o no en esta situación, y estipularse que en caso de darse esta circunstancia corresponde al Patronato la designación de un nuevo auditor.

Artículo 32. Destino de rentas e ingresos

En el párrafo primero, dentro de los ingresos excluidos del cómputo a efectos de cálculo del resultado contable sobre el que se aplica el 70 por 100, debería incluirse expresamente la contraprestación que se obtenga por la enajenación o gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, ya que según el artículo 17.1 la misma se integrará en la dotación o se considerará directamente vinculada a los fines fundacionales.

En cuanto a los gastos deducibles, la exclusión de las dotaciones a la amortización y de las provisiones de inmovilizado debería limitarse exclusivamente a aquellas que se relacionen con las inversiones realizadas en cumplimiento de los fines propios de la fundación.

Además, en relación con la obligación de destinar el 70 por 100 del resultado contable a los fines fundacionales, sería razonable articular alguna fórmula que, sin contravenir la Ley, permita tener en cuenta los resultados negativos obtenidos en ejercicios anteriores.

Por otra parte, el Consejo estima que en el apartado cinco debería quedar claro que, en caso de no aplicación de los resultados a la realización de los fines fundacionales, debe transcurrir el plazo legalmente establecido (artículo 27 de la Ley) para que el Patronato acuerde destinarlos a incrementar la dotación fundacional o las reservas.

Artículo 34. Remuneración de patronos y autocontratación

En opinión de este Consejo, para evitar confusiones sería más adecuado regular separadamente el supuesto de autocontratación, a que se refiere el artículo 28.2 de la Ley, y el de contratación de patronos por la prestación de un servicio, contemplado en el artículo 15.4 de la Ley.

Por otro lado, debiera preverse el supuesto de que una persona que preste servicios a la fundación sea posteriormente designada patrono, produciéndose un caso de autocontratación sobrevenida. Además, debiera aclararse si la contratación de servicios por parte de la fundación con un patrono persona jurídica requiere o no autorización del Protectorado.

De otra parte, en el mismo sentido de la observación realizada al artículo 19, sería beneficioso para las fundaciones que se redujera a un mes el plazo con que cuenta el Protectorado para resolver y notificar la resolución.

Capítulo VI. Modificación, fusión y extinción de la fundación

Artículo 35. Procedimiento de modificación estatutaria

En relación con los documentos que deben acompañar a la comunicación de la modificación estatutaria, no parece razonable que se exija, tal

y como recoge la letra c) del apartado primero, «la exposición razonada del interés que reviste para la fundación la modificación estatutaria», porque el Protectorado debe juzgar la legalidad de las modificaciones estatutarias, pero no su oportunidad.

Artículo 38. Procedimiento y criterios de liquidación

Este Consejo considera que debería suprimirse el último punto del apartado sexto, que establece la responsabilidad de los patronos frente a los acreedores de la fundación de cualquier perjuicio que les ocasionen por fraude o negligencia grave en el ejercicio de sus funciones de liquidación, porque este supuesto de responsabilidad no está previsto, como es preceptivo, en ninguna norma con rango de Ley.

Artículo 39. Intervención temporal

Se establece un plazo de quince días para que el Patronato formule alegaciones en el procedimiento de intervención temporal, iniciado por el Protectorado ante la advertencia de la presencia de graves irregularidades en la gestión económica de la fundación.

A este respecto, el CES entiende que el Proyecto debería guardar concordancia con lo previsto en los artículos 35 y 79 de la Ley 30/1992, del Procedimiento administrativo común, en cuya virtud los interesados en un procedimiento podrán aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio en cualquier momento anterior al trámite de audiencia, y, en todo caso, antes de la resolución definitiva del asunto cuando se aleguen defectos de tramitación, infracción de plazos u omisión de trámites.

Capítulo VIII. El Protectorado

Artículo 40. Organización general del Protectorado

El Proyecto de Reglamento otorga el Protectorado de las fundaciones a la Administración General del Estado, a través de los departamentos ministe-

riales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales.

El CES estima, sin embargo, que sería más adecuada la existencia de un solo Protectorado, dependiente bien del Ministerio de Justicia, al que se atribuye la competencia del Registro, bien del Ministerio de Presidencia, dotado con suficientes medios técnicos y humanos para ejercer eficazmente sus funciones. De no ser posible la articulación de un sistema de Protectorado único sería aconsejable, cuando menos, que se limitara el número de Protectorados.

Artículo 42. Funciones de apoyo, impulso y asesoramiento

Entre las funciones de apoyo, impulso y asesoramiento se comprenden las destinadas a asesorar a las fundaciones en proceso de constitución, en relación con la normativa aplicable a dicho proceso. A este respecto, se prevé facilitar a los interesados que lo soliciten un modelo de estatutos de carácter orientativo.

La Ley 50/2002 prevé en el artículo 35.1.a) la competencia del Protectorado para informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y la suficiencia de las dotaciones. Por ello, las referidas funciones podrían completarse con la posibilidad de que los interesados puedan contar con el Protectorado para obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos, actuaciones o solicitudes que se exijan a las fundaciones en fase de constitución.

Asimismo, el impulso del fenómeno fundacional justificaría la inclusión en este artículo de una nueva función, relativa al mantenimiento con las asociaciones de fundaciones de una disposición permanente de cooperación al servicio del interés general y de la sociedad civil.

Artículo 43. Funciones en relación con el proceso de constitución

Se enuncian en este artículo diferentes funciones del Protectorado en el proceso de constitución de las fundaciones, tales como el velar por el res-

peto a la legalidad, o la emisión de informe con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones. Ahora bien, el mismo Proyecto de Reglamento establece, en su artículo 40.2, que será el Registro de Fundaciones quien decidirá, a la vista del fin fundacional principal, el Protectorado competente al que se adscribirá cada fundación.

Se origina, en definitiva, una situación ilógica que debe ser resuelta en el texto definitivo del Reglamento, a saber: si el Protectorado es identificado por el Registro, y el acceso a éste requiere la previa constitución, se echa en falta, consecuentemente, una fase previa donde se determine la competencia del Protectorado correspondiente para emitir el referido informe y, en todo caso, para ser referencia en las funciones de apoyo en el proceso de constitución.

Artículo 46. Funciones relativas al cumplimiento de los fines

En este artículo cabe hacer idéntica observación a la formulada en el artículo 19, en el sentido de que debería aclararse que el coste del informe pericial recae en el Protectorado.

Artículo 47. Funciones en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones

Se atribuye al Protectorado, entre otras funciones, el conocimiento y, en su caso, oposición a los acuerdos de modificación de Estatutos o de fusión, adoptados por el Patronato. En aras de una mayor concordancia del texto reglamentario con la Ley (artículos 29.4 y 30.2 de la Ley 50/2002), dicha previsión debe completarse con un inciso en el que se recuerde que la oposición del Protectorado a dichas actuaciones sólo cabe por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado.

Capítulo IX. El Consejo Superior de Fundaciones

Artículo 51. Pleno del Consejo

Además de cualesquiera otras funciones que se le atribuyan por otras disposiciones, se prevé

que el Consejo Superior de Fundaciones asesorará e informará sobre la normativa estatal que afecte directamente a las fundaciones, así como que planificará y propondrá las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones.

Dadas estas competencias, el CES entiende que la composición de este órgano debería ser paritaria, contando con el mismo número de representantes de las Administraciones Públicas que de las fundaciones. Respecto a estas últimas, la representación debería corresponder, en su mayor parte, a las asociaciones de ámbito estatal, de acuerdo con su número de socios y conforme a su representatividad.

Asimismo, convendría reflexionar sobre la razón de la participación de las asociaciones de fundaciones de ámbito autonómico en el Consejo Superior de Fundaciones, previsto en una normativa que aborda la regulación sustantiva y procedimental de las fundaciones de ámbito estatal.

Artículo 52. Vocales representantes de las fundaciones

Con relación a las asociaciones de fundaciones, el Proyecto prevé que cada asociación propondrá un número máximo de representantes, correspondiendo la designación como vocal del pleno al Presidente del Consejo Superior de Fundaciones. En opinión del CES, esta designación debería corresponder a cada asociación.

Disposiciones adicionales

Disposición adicional tercera. Fundaciones de entidades religiosas

Esta disposición reproduce literalmente el texto recogido en el artículo 2.3 del Proyecto de Reglamento, por lo que debería suprimirse.

V. CONCLUSIONES

El Consejo Económico y Social estima adecuado remitir las conclusiones de este Dictamen a las

que se derivan en cada caso concreto de lo expresado en sus observaciones generales y particulares.

Madrid, 31 de mayo de 2005

V.º B.º El Presidente
Jaime Montalvo Correa

El Secretario General
Juan Luis Nieto Fernández