

Jurisprudencia sobre fundaciones

María Natalia Mato Pacín

Doctora en Derecho
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. TRIBUNAL SUPREMO.—II. AUDIENCIA NACIONAL.—III. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.—IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES.—V. OTRAS RESOLUCIONES.—VI. ÍNDICE ANALÍTICO.

I. Tribunal Supremo

[1] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 13 de julio de 2017. Ponente: D. Pedro José Vela Torres.

[En el mismo sentido: Sentencias de la AP de Valencia de 29 de marzo de 2017 y de la AP de Pontevedra de 20 de abril de 2017]

Responsabilidad de una fundación que sucede a una caja de ahorros: sucesión a título universal de la entidad emisora de productos financieros: la responsabilidad por las obligaciones contraídas por la caja de ahorros fue transmitida a la fundación.

HECHOS.—La Caja de Ahorros M. (CAM) realiza en 2008 una emisión de cuotas participativas mediante oferta pública de suscripción en la que participan los demandantes. Éstos, por incumplimiento de normas imperativas, vicio del consentimiento o incumplimiento de obligaciones de diligencia, lealtad e información, solicitan que aquel contrato de suscripción de cuotas participativas se declare nulo, anulable o que se condene a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Las entidades demandadas son el Banco S. y la Fundación CAM, como sucesoras de la Caja de Ahorros, al haber comprado el Banco S. todas las acciones consecuencia de la reestructuración de la Caja de Ahorros en banco (Banco M.) y, por otro lado, erigirse la Fundación en sucesora a título universal del resto de patrimonio, derechos, obligaciones y relaciones jurídicas de la que era titular la Caja de Ahorros.

En lo que a la Fundación se refiere, se opone a la demanda alegando falta de legitimación pasiva.

La demanda es estimada en primera instancia, siendo desestimado a su vez el recurso interpuesto por el Banco y la Fundación demandadas, de igual for-

ma que lo es el recurso de casación que estas mismas entidades interponen ante el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La Fundación es sucesora a título universal de todo el patrimonio, activo y pasivo, de todos los derechos y obligaciones y de todas las relaciones y situaciones jurídicas de que era titular la Caja de Ahorros que, en virtud de lo cual, quedó extinguida como persona jurídica. La sucesión universal lo fue en la parte no segregada en su día a favor del Banco M. Como tras esta primera segregación la Caja de Ahorros siguió subsistiendo hasta la constitución de la Fundación y la transmisión de deudas no libera a la anterior deudora, las obligaciones de la Caja de Ahorros derivadas del artículo 79 LMV como entidad comercializadora fueron transmitidas a la Fundación. Así, la persona jurídica sin fin de lucro debe asumir la obligación de restitución que deriva de la nulidad del contrato de adquisición de las cuotas participativas de forma subsidiaria al Banco, sin perjuicio de que su responsabilidad sea también solidaria e ilimitada.

II. Audiencia Nacional

[2] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 de octubre de 2017. Ponente: D. Francisco de la Peña Elías.

Registro de fundaciones competente: actos pendientes de inscripción a fecha 2 de diciembre de 2015: el registro competente es el que existe en ese momento.

HECHOS.—D. Jesús Manuel, en representación de la Comisión Permanente de una fundación, interpone recurso contencioso-administrativo contra los actos realizados por la Subdirección del Protectorado de Fundaciones del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, solicitando la anulación de todos los actos realizados en materia de registro de fundaciones, por considerar que, tras el acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de noviembre de 2015 —después materializado en el Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre—, ya no le correspondía al citado registro la competencia para decidir.

El recurso es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La Disposición Transitoria Segunda del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal señala que los actos pendientes de inscripción en los registros ministeriales en el momento de la entrada en funcionamiento del Registro de Fundaciones culminarán el proceso de inscripción de conformidad con la normativa anterior. Por otro lado, la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 50/2002, de Fundaciones establece que, en tanto no entre en funcionamiento el Registro de Fundaciones, subsistirán los Registros de fundaciones en ese momento existentes. A la vista de esta regulación cabe concluir que la competencia para el registro de cualesquiera datos o hechos que hubieran de tener acceso al Registro a fecha 2 de diciembre de 2015 (fecha de entrada en vigor

de la Orden PRE/2537/2015, de 26 de noviembre, por la que se dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal), correspondería aún —en el supuesto de hecho— al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte del que dependía entonces el Registro de Fundaciones.

[3] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 16 de febrero de 2017. Ponente: D. Ramón Castillo Badal.

[Relacionada: Auto del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de diciembre de 2017, admitiendo a trámite recurso de casación con la sentencia de la AN]

Inscripción de una fundación: la reserva de denominación se refiere exclusivamente a la denominación solicitada: caducidad de la reserva: inscripción procedente.

HECHOS.—El 8 de febrero de 2013 se solicita certificado de denominación para el nombre Fundación Consejo España-Colombia, certificado que es expedido haciendo constar en él que no consta inscripción alguna con dicha denominación o similar. Se pide la renovación de la reserva de denominación en mayo del mismo año mientras que en agosto de 2013 la misma persona solicita un nuevo certificado para el nombre Fundación España-Colombia, siendo prorrogada esta certificación negativa por sucesivas solicitudes hasta octubre de 2015. En noviembre de 2015 se inscribe en el Registro de Fundaciones estatal la Fundación Consejo España-Colombia, a instancia de otro solicitante. El primer peticionario interpone recurso de reposición contra la Orden Ministerial que inscribe la persona jurídica por estar vigente una reserva de denominación a su favor (entiende que ésta incluye no solo la denominación solicitada sino también otras similares) y por vulnerar el principio de confianza legítima creada por la reserva.

El recurso de reposición es desestimado, corriendo la misma suerte el contencioso-administrativo interpuesto ante la Audiencia Nacional.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La denominación Fundación Consejo España-Colombia caducó transcurrido el plazo legal desde la última reserva realizada con dicha denominación, quedando ésta liberada, pues la siguientes solicitudes se referían a otro nombre. De los artículos 5 LF, 3 RF y 51 RRF se deduce que la reserva de denominación es de la solicitada, de una sola, sin que pueda entenderse que la solicitud cubre varias opciones, una primera y otra subsidiaria o sucesivas. El certificado expedido acredita que no constaba inscripción alguna ni reserva de denominación para ninguna fundación en proceso de formación con denominación idéntica o similar a la solicitada. Es decir, se refiere exclusivamente a la denominación solicitada sin que pueda entenderse que comprende también un pronunciamiento respecto de una denominación subsidiaria.

Por otro lado, no se ha vulnerado el principio de confianza legítima pues ello requeriría que la recurrente hubiera realizado alguna actuación amparada en la infor-

mación que le había ido proporcionando la Administración y que le motivó a actuar de esa manera. Sin embargo, no ha habido actuación alguna de la recurrente pues no ha presentado ninguna escritura de constitución de fundación para su inscripción.

[4] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 8 de febrero de 2017. Ponente: Dña. Ana Martín Valero.

Informe de auditoría de una Mutua con implicaciones para la fundación constituida por ella: las objeciones al informe deben ser planteadas en el correspondiente proceso sin que tenga competencias para intervenir la Administración que ejerce el Protectorado de la fundación.

HECHOS.—Una fundación constituida por una Mutua solicita requerimiento de inhibición al Ministerio de Empleo y Seguridad Social con relación a una conclusión contenida en un Informe Provisional de Auditoría de Cuentas Anuales de la Mutua. En dicha conclusión, la Intervención General de la Seguridad Social realiza una observación en el sentido de considerar que las actuaciones llevadas a cabo por la Mutua en relación con el patrimonio histórico aportado a la fundación recurrente al tiempo de su constitución, infringían la Ley General de Seguridad Social: el acto de constitución sería nulo de pleno derecho por ser contrario a la norma imperativa del momento, que señalaba que los bienes integrantes de la Mutua solo podían estar afectos a sus fines sociales.

Entiende la fundación que este informe impone a la Mutua la obligación de instar la acción judicial de nulidad del acto de constitución de la fundación a los efectos de recuperar su patrimonio histórico. Por ello, la fundación solicita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, bajo cuyo Protectorado estaba, que requiera de inhibición al Ministerio de Empleo y Seguridad Social pues, en otro caso, estaría renunciando a su competencia de supervisión y protección, al permitir que otro Ministerio revise los actos que solo a él compete revisar.

El recurso contencioso-administrativo interpuesto por la fundación ante la Audiencia Nacional corre la misma suerte que los anteriores recursos, siendo desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El informe provisional de auditoría ha sido dictado en el ejercicio de la función de control de las Mutuas, que corresponde a la Intervención de la Seguridad Social. Cualquier objeción frente al mismo habrá de oponerse en el procedimiento de auditoría, primero formulando alegaciones a dicho informe provisional y, si tales conclusiones se mantienen en el informe definitivo y son asumidas por la correspondiente resolución del Secretario de Estado aprobando la auditoría, mediante los recursos procedentes contra dicha resolución.

Lo que no es factible es modificar el contenido de dicho informe mediante una solicitud de requerimiento de inhibición por parte del Ministerio de Sanidad, que ninguna competencia tiene en relación con el control financiero de las Mutuas.

III. Tribunales Superiores de Justicia

[5] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 26 de diciembre de 2017. Ponente: Dña. Eulalia Martínez López.

Composición Patronato: personas físicas que aceptan el cargo como tales y no como representantes de personas jurídicas: las personas físicas inscritas como patronos son las que ostentan tal condición.

HECHOS.—La Administración deniega la inscripción de la modificación de Estatutos de una fundación, por cuanto la composición del Patronato que adopta el acuerdo no es la que se refleja en los Estatutos ni la que figura inscrita en el Registro de Fundaciones, habiendo sido adoptado por personas ajenas al Patronato.

La Fundación solicita la declaración de nulidad de los acuerdos que deniegan esta inscripción de modificación estatutaria así como de depósito de las cuentas anuales y el plan de actuación, señalando que los patronos son personas jurídicas y que es innecesario e irrelevante concretar las personas físicas que circunstancialmente las representan o asisten a las reuniones del Patronato, pues nunca lo hacen en su cualidad de personas físicas.

El recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Fundación solicitando el reconocimiento de sus pretensiones es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El hecho de que determinadas personas jurídicas sean las fundadoras no quiere decir que sean también quienes integren el Patronato. Esto no sucederá si en la escritura de constitución quienes se nombran y aceptan el cargo de patronos no son las entidades o instituciones, sino que son personas físicas en sí mismas consideradas. El Patronato vigente e inscrito en el Registro es el que puede autorizar a que se acuerde la inscripción en el Registro de Fundaciones de la solicitud de modificación estatutaria, el depósito de las cuentas anuales o el plan de actuación. No cualquier otro Patronato cuyos integrantes no aparecen, previamente, inscritos en el Registro ni han sido comunicados, sin que, por otro lado, conste su aceptación formal de los cargos o que hayan sido designados en cada supuesto por el órgano competente.

[6] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 13 de noviembre de 2017. Ponente: Dña. M. Begoña González García.

Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana: el hecho imponible —la transmisión del bien— se produce en el momento en el que la fundación adquiere personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro y no mientras está en proceso de formación.

HECHOS.—La fundación actora interpone recurso de apelación contra la sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del TEAM, desestimatoria, a su vez, de reclamación en materia de Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana. La fundación solicita que se le conceda la exención de este impuesto. En lo que aquí interesa, una de las cuestiones es determinar cuándo ha de entenderse producido el hecho imponible y su devengo. La Administración había considerado que, dado que el artículo 13 LF de 2002 prevé el supuesto de fundación en proceso de formación, se está contemplando la existencia de un patrimonio de dicha fundación incluso antes de su inscripción. Sin embargo, por su parte, la persona jurídica no lucrativa sostiene que la transmisión del bien inmueble no se había producido en la fecha de la escritura de constitución de la fundación, sino solo cuando la misma adquiere personalidad jurídica con su inscripción en el Registro de Fundaciones.

El Tribunal estima el recurso y reconoce el derecho a la exención del citado impuesto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—No es discutible que, según el artículo 4 LF 2002, la fundación carece de personalidad jurídica hasta su inscripción en el Registro de Fundaciones, siendo dicha inscripción de carácter constitutivo. No cabe entender la fundación en proceso de formación como una «unidad económica o patrimonio separado susceptible de imposición» de los enumerados por el artículo 35.4 Ley General Tributaria como entidades carentes de personalidad jurídica que tendrán la consideración de obligados tributarios. Una cosa es que el Patronato de la fundación en proceso de formación realice, además de los actos necesarios para la inscripción, aquellos otros que resulten indispensables para la conservación del patrimonio, y otra que ello signifique que pueda considerarse consumada la transmisión de la propiedad a una entidad en ese momento, cuando no solo carece de personalidad jurídica sino que, necesariamente, en caso de no procederse a la inscripción en el Registro de Fundaciones, los bienes que constituyen la dotación para su constitución revertirían necesariamente al fundador. Por tanto, de no haber inscripción no se habría producido el hecho imponible ya que no cabría considerar que estamos ante una transmisión de la propiedad: la fundación no podría continuar como un ente sin personalidad jurídica sino que desaparecería del mundo jurídico procediendo la reversión de sus bienes.

[7] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 11.^a), de 11 de octubre de 2017. Ponente: D. Fernando Seoane Pesqueira.

Registro de Fundaciones: no obligación del Encargado de expedir copias compulsadas: es suficiente para la constancia registral la entrega de certificado y capturas de pantalla.

HECHOS.—D. Amadeo impugna la desestimación presunta, por parte de la Consellería de Traballo e Benestar, de la solicitud de copias compulsadas de determinados asientos de los Libros Diario y de Inscripciones de una fundación

(concretamente, primera inscripción, domicilio social vigente y patronatos). El actor entiende que el Encargado del Registro de Fundaciones de Interés Gallego, con la entrega de un certificado y de capturas de pantalla del expediente administrativo, no ha cumplido con su obligación derivada del Decreto 15/2009 de expedir las certificaciones de los asientos que se solicitan.

La Administración demandada opone falta de legitimación activa del actor, al haber sido cesado del cargo de Administrador Judicial de la fundación que desempeñó durante un tiempo.

El Tribunal, si bien entiende que existe legitimación activa, no acoge las pretensiones del actor y desestima el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Desde la entrada en vigor del Decreto 15/2009, la organización del Registro de Fundaciones de Interés Gallego se lleva a cabo mediante un sistema informático único y de ahí que la respuesta a lo interesado haya sido a través de las capturas de pantalla de determinados folios del expediente. A la vista de la citada norma, ni existe precepto alguno que exija la expedición de copias compulsadas, ni se ha demostrado que el recurrente precisase de dichas copias compulsadas para finalidad alguna. Por lo tanto, basta con el certificado y aquellas capturas de pantalla para la constancia registral de los actos inscribibles, tal como figuran en la plataforma informática del Registro de Fundaciones de Interés Gallego.

[8] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 25 de julio de 2017. Ponente: D. Luis Miguel Blanco Domínguez.

[En el mismo sentido: STSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 25 de julio de 2017]

[Relacionada: Auto del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de febrero de 2018, admitiendo a trámite recurso de casación]

Personal laboral de una fundación del sector público: para su consideración no afecta la forma de gestión del servicio decidida por la Administración, a través de una fundación interpuesta.

HECHOS.—Publicada la relación definitiva de incluidos y excluidos en el personal laboral fijo que, prestando servicios en centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, es objeto de integración en la condición de personal estatutario, los actores —excluidos— solicitan su incorporación en dicha lista. Sus alegaciones son rechazadas en las diferentes instancias pues la Administración entiende que prestan sus servicios como personal laboral al servicio de la fundación y, por lo tanto, no reúnen el requisito de ser personal laboral del organismo autónomo Gerencia Regional de Salud, ni aún de la propia Administración General de la Comunidad.

La citada fundación fue creada por un Centro que integra la Gerencia, precisamente para su administración y gestión, siendo éstos los únicos fines de la persona sin fin de lucro, fundación privada de titularidad pública.

Interpuesto por los actores el recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia, éste es estimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La cuestión a determinar es si el personal que presta sus servicios en la denominada fundación puede ser considerado personal que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia a los efectos de participar en el procedimiento de integración directa y voluntaria en la condición de personal estatutario.

La fundación tiene personalidad jurídica propia pero se encuentra dentro del ámbito de influencia de la propia Gerencia pues hasta las mismas nóminas de los trabajadores son pagadas por el Centro que se integra en la Gerencia. El personal de la fundación no es algo distinto del resto del personal de la Gerencia, con independencia de que haya quien preste directamente servicios para ésta y quien lo haga a través de otras instituciones (fundaciones), es decir, con independencia de la forma de gestión del servicio decidida por la Administración.

[9] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a), de 6 de junio de 2017. Ponente: María Eugenia Alegret Burgues.

Constitución mortis causa de una fundación: es competente el Protectorado para cumplir la voluntad del testador y otorgar la escritura de constitución: el Protectorado no es el fundador sino quien interviene en el acto fundacional para completar el contenido legal de la fundación.

HECHOS.—El Ayuntamiento de Barcelona constituye una fundación para dar cumplimiento a las disposiciones de última voluntad de D. Mateo, fundación que reclama a las hijas herederas del causante la entrega del legado señalado en el testamento. Éstas se oponen e interponen una demanda solicitando la nulidad de pleno derecho de la fundación al haber sido constituida por el Ayuntamiento, que no estaba legalmente autorizado para otorgar la correspondiente escritura de constitución. Además, señalan, se ha infringido la prohibición legal de que las personas jurídico-públicas constituyan fundaciones privadas, recogida en el artículo 1 de la Ley 1/1982, de fundaciones catalanas.

Tanto la demanda como el recurso de apelación interpuesto por las hijas herederas son desestimados, de igual modo que lo es el recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La legitimación para la realización de los actos de ejecución de la voluntad testamentaria de constitución de una fundación corresponde a las personas que el causante designe a tal fin y, en su ausencia, al Protectorado, con la intención de que la voluntad del testador sea efectivamente cumplida sin que los intereses —quizá contrarios— de los herederos pudieran interferir. La exigencia constitucional del fin de interés general ampara la intervención

de la Administración, tanto en la constitución de la fundación como en su control posterior.

Las herederas, no designadas en el testamento para ejecutar el encargo relativo a la persona jurídica sin fin de lucro, carecen de legitimación para instar la nulidad de la constitución de la fundación alegando que eran ellas quienes debían otorgar la carta fundacional, pues no son titulares de ningún interés legítimo y jurídicamente protegible.

Por otra parte, el Ayuntamiento de Barcelona, como persona jurídico-pública, sí puede válidamente constituir una fundación privada pues, además de que lo permitía la Ley estatal vigente en el momento (Ley 30/1994), lo que el artículo 1 de la Ley 1/1982 trataba de impedir era que las Administraciones públicas usasen indiscriminadamente la constitución de fundaciones para la realización de actividades y funciones propiamente administrativas, eludiendo así los controles impuestos por las normas de esta naturaleza. En este caso, por otra parte, el fundador es el causante siendo el Ayuntamiento quien simplemente interviene en el acto fundacional para completar el contenido legal de la fundación, lo que no convierte a la persona jurídica en una fundación pública.

[10] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección, 5.^a), de 26 de mayo de 2017. Ponente: D. Eduardo Paricio Rallo.

Denominación «Fundación»: solo puede ser utilizada por entidades registradas como tales: marca de una asociación cultural y deportiva: registro improcedente.

HECHOS.—Una entidad deportiva solicita el registro de la marca mixta «FCB Fundació FCBarcelona», registro que le es denegado por la Oficina Española de Patentes y Marcas por estar prohibido el uso de la denominación «Fundación» por entidades no registradas como tales y por existir riesgo de confusión.

La solicitante interpone recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución denegatoria, recurso que es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 4 LF de 2002 limita el uso de la denominación «Fundación» a las entidades inscritas en el Registro como tales fundaciones, condición que la actora no reúne puesto que se trata de una asociación de carácter cultural y deportivo. Además, este hecho puede llevar a confusión a terceras personas al considerar que la marca ampara productos, servicios o actuaciones promovidos por parte de una fundación, esto es, una entidad de utilidad social y sin ánimo de lucro, con la mayor aceptación social y prestigio que ello conlleva.

[11] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social, Sección 1.^a), de 19 de mayo de 2017. Ponente: Dña. María del Carmen Escuadra Bueno.

Prestación de desempleo para Presidente de Patronato y Director General de una fundación: funciones distintas a las de patrono: condición de trabajador por cuenta ajena: prestación procedente.

HECHOS.—Dña. María, Presidente del Patronato y Directora General de una fundación, interpone recurso contra la sentencia que desestima la demanda planteada tras la denegación de la prestación por desempleo. Se le deniega tal prestación por no acreditar la condición de trabajador por cuenta ajena con las notas de ajeneidad y dependencia.

El recurso es estimado por entender que concurren los requisitos necesarios para que la actora sea perceptora de prestaciones de desempleo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—No procede aplicar a este caso la «doctrina del vínculo» según la cual no es posible diferenciar las funciones de alta dirección con las propias de la condición de consejero o administrador de sociedades. En el caso de los patronos, deben desempeñar su cargo gratuitamente siendo posible la retribución siempre que se apruebe y que derive de unas funciones diferentes a las propias de su condición de patrono. Las funciones de Director General van más allá de las de Presidente de la fundación, ocupándose de labores administrativas y de gestión que no se desempeñan por este último. Las notas de ajeneidad y dependencia se encuentran en el hecho de que para la autocontratación (su contratación como Directora General) fuera precisa la autorización del Protectorado y, asimismo, en que la recurrente deba solicitar la autorización del Patronato para cualquier operación o actuación superior a una determinada cantidad, lo que la asimila a la figura de un Gerente. Por último, la Ley General de la Seguridad Social incluye dentro del ámbito de aplicación del Régimen General a las personas que presten servicios retribuidos en las entidades o instituciones de carácter benéfico-social.

[12] Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2.^a), de 16 de febrero de 2017. Ponente: D. José Montiel González.

Responsabilidad de los patronos: reclamación de salarios adeudados por la fundación a sus trabajadores: es necesario previamente delimitar en un proceso civil la posible responsabilidad en la que hayan podido incurrir: Jurisdicción social incompetente.

HECHOS.—Los trabajadores de una fundación ejercitan contra ella acciones de resolución contractual por falta de abono de los salarios y de reclamación de cantidad por importe de los salarios adeudados. Sin embargo, posteriormente, amplían su demanda respecto de otras entidades que formaban parte del Patronato de la persona jurídica sin fin de lucro, ejercitando lo que denominan acción de derivación de responsabilidad a los patronos por incum-

plimiento de sus obligaciones fundacionales e incumplimiento (no probado) de su obligación de aportar la dotación económica comprometida.

La demanda se desestima en primera instancia en lo relativo a la responsabilidad de los patronos de la fundación codemandada, desestimándose también el recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, por no ser ésta la jurisdicción competente por razón de materia y serlo, en su caso, la jurisdicción civil.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 17 LF de 2002 únicamente prevé la responsabilidad de los patronos frente a la fundación pero no se contempla la posibilidad de una acción de responsabilidad de los acreedores contra los patronos. La cuestión de la aplicación analógica a las fundaciones de las normas de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital ha sido tratada en la jurisdicción civil en sentido negativo, dada la diversa naturaleza de tales sociedades de capital respecto de las fundaciones.

En todo caso, la cuestión suscitada no es competencia de la Jurisdicción social, como señala reiterada doctrina jurisprudencial (para los supuestos de exigencia de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital), al requerirse con carácter previo en el correspondiente proceso civil la eventual responsabilidad en que hayan podido incluir los patronos de la fundación, materia que excede el ámbito propio del actual proceso de resolución contractual por voluntad del trabajador y de reclamación salarial.

[13] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 27 de diciembre de 2016. Ponente: D. José Antonio Fernández Buendía.

Control del Registro de los títulos presentados a la inscripción: se trata de un mero control de legalidad formal del acuerdo.

HECHOS.—Como consecuencia del proceso de resolución de una Caja Rural, el FROB nombra Administrador Provisional de la entidad a D. Belarmino. Éste procede a designar a los miembros del Patronato de la fundación vinculada con la Caja, entendiéndose que él, al ostentar este cargo, era patrono nato y que le correspondía el nombramiento del resto de miembros, vacantes tras el proceso de resolución de la Caja, en tanto en cuanto su pertenencia al Patronato aparecía vinculada al hecho de formar parte del Consejo Rector de la Caja Rural y este órgano había sido sustituido por el Administrador Provisional.

La actora (una asociación en defensa del mantenimiento de la Caja Rural) interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución que desestima el recurso de alzada interpuesto, a su vez, contra la inscripción de la nueva composición del Patronato de la Fundación. Solicita la asociación la nulidad de la inscripción practicada alegando la extralimitación de D. Belar-

mino en la designación de los patronos pues, entienden, no se le atribuyó al FROB la condición de miembro de la fundación.

Los recurridos (Administración, FROB, otra Caja Rural y fundación), por su parte, sostienen que no constituye una labor del Registro la comprobación de la legalidad intrínseca de los documentos administrativos en virtud de los que se pretenda la práctica de un asiento registral.

El recurso es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La designación de los miembros del Patronato era necesaria al haber quedado vacantes todos los puestos del órgano de gobierno de la fundación, pues su pertenencia estaba vinculada con el hecho de formar parte del extinto Consejo Rector de la Caja Rural. Por otro lado, esta designación, que antes realizaba por mandato de los Estatutos el Consejo Rector, pasa a corresponder al Administrador Provisional, sustituto unipersonal de dicho órgano colectivo.

El control de legalidad que debe realizar el Registro de Fundaciones de los títulos presentados a la inscripción es un control de legalidad formal. En caso de pretenderse discutir con plenitud la legalidad de los acuerdos, ello habría de plantearse mediante la impugnación de los propios acuerdos adoptados y no tanto de su simple calificación a los efectos de la inscripción. Otro tipo de cuestiones más complejas exceden del control de legalidad formal del título que corresponde realizar por la vía de la calificación.

[14] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 19 de diciembre de 2016. Ponente: J. D. María Prendes Valle.

Legitimación activa de la fundación: existe interés legítimo de la persona jurídica respecto de las actuaciones de los patronos imputables a la propia fundación: legitimación existente.

Función de control del Protectorado: procedimiento de comprobación: procedimiento administrativo y no sancionador: actuación no arbitraria sino perfectamente descrita: actuación conforme a Derecho.

HECHOS.—Tras la constitución de una fundación y el depósito de sus cuentas anuales ante el Protectorado, éste requiere a la persona jurídica la subsanación y ampliación de información de la documentación presentada, percibiendo en el procedimiento de comprobación de actividad diversas irregularidades en la actuación de los patronos (nula actividad, no presentación de plan de actuación, adquisición de inmuebles sin preceptiva autorización, etc.). El Protectorado acuerda el inicio de la acción para instar el cese judicial de los patronos de la fundación por no desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal y, asimismo, de responsabilidad civil contra los miembros del Patronato.

La fundación interpone recurso contencioso-administrativo contra este acto alegando la vulneración de la legalidad administrativa sobre fundaciones, desvió

de poder y el haber prescindido del procedimiento sancionador establecido. La Administración opone como causas de inadmisibilidad del recurso el haberse interpuesto frente a actos no sometidos a Derecho administrativo, frente a actos de trámite y por falta de legitimación activa de la fundación.

Desechadas las causas de inadmisibilidad opuestas por la Administración, el recurso es desestimado por entender conforme a Derecho la actuación del Protectorado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad alegadas en tanto en cuanto la decisión adoptada, en consonancia con la obligación de velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, es un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa. Por otra parte, la fundación tiene un derecho o interés legítimo en la medida en que se han tomado medidas contra los patronos como consecuencia de actuaciones imputables a la propia fundación.

En cuanto al fondo del asunto, la peculiar naturaleza y estructura de esta clase de personas jurídicas hace que se dé una dualidad de jurisdicciones en este caso, administrativa y penal, no siendo éste un procedimiento sancionador sino uno administrativo de comprobación y que sirve de soporte para que el Protectorado pueda llevar a cabo las funciones que le son legalmente encomendadas. No correspondiéndole a éste acreditar la realidad de las irregularidades observadas sino exclusivamente dar cuenta a la autoridad competente e iniciar el ejercicio de las acciones, no se puede más que deducir que su actuación fue conforme a Derecho y en ningún caso arbitraria, pues se encuentran perfectamente descritas las actuaciones realizadas por la fundación que han originado su decisión.

[15] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 20 de octubre de 2016. Ponente: D. Francisco José Sospedra Navas.

Inscripción de una fundación: acto reglado que no puede denegarse si se cumplen los requisitos legales; constitución mortis causa: el encargo no requiere la voluntad concurrente de los demás herederos: inscripción procedente.

HECHOS.—D. Benito expresó en su testamento la voluntad de constituir una fundación con una dotación determinada y encomendando el cumplimiento de su voluntad fundacional a su hija y a su coheredera, Dña. Felicísima. Esta última, como albacea particular, procede a cumplir con el encargo y solicita la inscripción de la fundación, que queda válidamente constituida. La hija del causante impugna la resolución en su condición de heredera del fundador, alegando, por una parte, que la albacea particular no estaba legitimada para efectuar la aportación y entrega del legado y, por otra, cuestiones relativas al pago de la legítima y valoración de los bienes.

El recurso es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—En la función de calificación ha de estarse tanto a la documentación que se presenta como al contenido del propio Registro, teniendo esta función carácter reglado, de manera que no podrá denegarse si se cumplen los requisitos señalados por la Ley (en este caso, los establecidos en los arts. 331-1 y siguientes del Código Civil catalán).

La función registral de calificación tiene la finalidad de valorar si la documentación presentada es suficiente a los efectos de constituir una fundación, de forma que debe examinarse el cumplimiento de las prescripciones legales, de sus formalidades y de si el acto del cual se pretende la inscripción incluye alguna estipulación contraria a la ley. Si la inscripción es instada por persona legitimada para ello (en este caso así ocurre pues el cumplimiento del encargo al albacea no requiere la voluntad de los demás herederos), la carta fundacional responde a la voluntad del causante expresada en su testamento y la misma tiene dotación económica suficiente, la actividad administrativa es conforme a Derecho.

Las cuestiones relativas a la intangibilidad y pago de las legítimas o cualesquiera otras que afectan a la herencia del causante revisten naturaleza civil y deben ser resueltas en el ámbito de la jurisdicción competente de suscitarse controversia sobre las mismas.

IV. Audiencias Provinciales

[16] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3.^a), de 13 de noviembre de 2017. Ponente: Dña. María del Carmen Ordóñez Delgado.

Legitimación activa para acción de protección de la posesión: familiar del fundador con derecho de uso sobre bienes fundacionales: legitimación existente.

Perturbación de la posesión: contrato respetuoso con el derecho de uso de los familiares del fundador: perturbación inexistente.

HECHOS.—D. Bienvenido, tras constituir una fundación, otorga escritura pública aprobando unas normas de uso respecto de uno de los bienes inmuebles aportados a la persona jurídica, reconociendo a su familia el derecho de uso y disfrute de este inmueble para vacaciones y días de ocio. Fallecido el fundador y ante lo costoso que resultaba mantener la finca, el Patronato acuerda un contrato de arrendamiento sobre la misma. La hija del fundador interpone demanda de protección de la posesión en base al artículo 250.1.4.º LEC, interesando que se declarara haber lugar a la acción de retener la posesión y se condenara a los demandados (entre otros, la fundación y la parte arrendataria) a respetar a la actora en dicha posesión y a abstenerse de realizar actos que la perturbasen, reponiendo la situación a su estado anterior al acto de despojo. El Protectorado deniega posteriormente la solicitud de autorización de dicho contrato.

La demanda es desestimada en Primera Instancia, por falta de legitimación activa y no constar acreditado acto de perturbación. Corre la misma suerte el recurso de alzada pues, si bien sí se considera la existencia de legitimación activa, se concluye que no consta acreditado acto de perturbación o despojo alguno.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Respecto de la legitimación activa.—El requisito de la posesión a estos efectos se viene configurando de forma muy amplia en nuestro Derecho. La actora, titular de un derecho de uso y disfrute sobre la finca, está perfectamente legitimada para ejercitar la acción en orden a defender dicho derecho si consideraba que había sido inquietada en él. De la misma manera, la fundación está también legitimada para soportar la acción, habida cuenta de su implicación en el acto de perturbación alegado para impetrar la protección posesoria.

En cuanto a la inexistencia de acto de perturbación o despojo.—La denegación de la solicitud de autorización del contrato por parte del Protectorado (circunstancia administrativa, en todo caso, no firme) no supone que en él no se contuvieran suficientes garantías para proteger el derecho de uso y disfrute de la actora pues, al contrario, se asumía en el negocio jurídico el compromiso de respetar íntegramente los derechos posesorios de la familia directa del fundador. El negocio jurídico, por otra parte, no estaba prohibido por los Estatutos ni por la Ley de fundaciones, realizándose con la intención de disponer de mayores recursos y no de despojar a la familiar de sus derechos posesorios.

[17] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 1.ª), de 16 de octubre de 2017. Ponente: D. Jaime Tártalo Hernández.

Delitos continuados de fraude a la Administración y delito de prevaricación: utilización de una fundación para intentar evitar los estrictos controles de Derecho administrativo en la contratación: fraude a la Administración inexistente; prevaricación existente.

HECHOS.—Se decide por parte de un Gobierno Autónomo la construcción de una instalación deportiva, cuya contratación no se residencia en ninguna Consejería de dicho Gobierno sino en una fundación (dándose la circunstancia de coincidir en la misma persona el cargo de Presidente del Patronato y el de Presidente del Gobierno Autónomo). Para dar cobertura legal a la decisión se lleva a cabo, a través de simulaciones de reuniones del Patronato, una modificación de los Estatutos de la fundación, ampliando sus actividades. De forma resumida y en lo que aquí interesa, como consecuencia del entramado de las contrataciones y pagos correspondientes a la construcción del complejo deportivo —entre otras cosas, sin previo expediente de contratación y omitiendo los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y transparencia—, varios de los sujetos participantes son acusados de los delitos continuados de prevaricación y de fraude a la Administración. Se argumenta que se han apartado intencionadamente de los procedimientos legales a través de la utilización de un artificio, otorgando un papel preponderante y hegemónico en la gestión de la construcción a la fundación, en lugar de a una Con-

sejería, con el fin de evitar que dicha contratación estuviera sometida a los más estrictos controles administrativos financieros que rigen en la contratación pública por parte de aquellos organismos.

La Audiencia Provincial condena a los acusados en relación al delito de prevaricación absolviéndoles del delito de fraude a la Administración.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Respecto del delito de fraude a la Administración, tipificado en el artículo 436 del Código Penal ([...] «*autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público*»).—Si bien no resulta razonable que una fundación carente ya no solo de personal especializado en la gestión de contratos públicos, sino también de personal y recursos económicos suficientes para embarcarse en la construcción de una obra pública de tal envergadura, asumiera la gestión del proyecto, no consta que tal decisión entrañe una maniobra ilícita, defraudatoria a la Administración, distinta de la propia ilicitud derivada de una decisión administrativa adoptada arbitrariamente, constitutiva del delito de prevaricación.

El hecho de que la Administración Pública recurra a fundaciones o consorcios para llevar a cabo la contratación pública, en un intento de escapar del Derecho administrativo ante la mayor laxitud en los controles administrativos y financieros que existían en la fecha de los hechos, en relación a tales organismos (y en comparación con las mayores cautelas existentes respecto a la contratación llevada a cabo por las consejerías u otros entes públicos), no excluye la necesidad de que dicha contratación debiera respetar los principios de concurrencia y publicidad. Pero fuera como fuere, se llevara la gestión de la construcción de la instalación deportiva desde una consejería, o se llevara desde la fundación, la instalación finalmente se construyó, por lo que los fondos presupuestados inicialmente por la Administración Pública para la construcción de dicha infraestructura se destinaron al fin previsto. Desde este punto de vista, ningún fraude para la Administración se aprecia en cuanto a la determinación del órgano gestor. El artificio consistió, en realidad, en la utilización de la Administración instrumental para gestionar la construcción de las instalaciones deportivas pero con el fin de evitar los controles, y este artificio forma parte del delito de prevaricación.

[18] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), de 19 de julio de 2017. Ponente: Dña. Mercedes Guerrero Romeo.

Representación de la fundación. El Registro es un medio de prueba y publicidad. El silencio positivo no valida los acuerdos nulos por falta de elementos esenciales. No corresponde dar audiencia al Protectorado para un cuestión interna que se resuelve atendiendo a los Estatutos y la Ley.

HECHOS.—D. Arturo y D. Marcelino se consideran respectivamente legitimados para actuar en un procedimiento concursal en nombre de la funda-

ción F. El primero, como Presidente del Patronato (y, posteriormente, miembro de la Comisión Permanente Ejecutiva —en adelante, CPE). El segundo, como miembro de la CPE. Este órgano se prevé en los Estatutos de la persona jurídica como, entre otras cosas, órgano de representación de la fundación en juicio o fuera de él.

D. Marcelino alude a su condición de miembro de la CPE y al cese de D. Arturo por acuerdo del Patronato. También solicita, ante el conflicto existente entre quienes pretenden representar a la fundación, que se le dé audiencia al Protectorado. Por su parte, D. Arturo alega que los poderes de D. Marcelino como miembro de la CPE ya habían sido revocados con anterioridad al inicio del procedimiento concursal, tal y como prueba la inscripción en el Registro de Fundaciones.

La personación de la entidad jurídica sin fin de lucro bajo la representación de D. Marcelino se deja sin efecto por sentencia de Juzgado de lo Mercantil. El sentido del fallo respecto del recurso de apelación que interpone el actor contra esta resolución es el mismo, es decir, el recurso es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—A lo largo de los Fundamentos de Derecho la Audiencia Provincial realiza algunas observaciones, entre las que destacamos:

Resulta innecesario que una misma persona jurídica esté representada doblemente y, además, con intereses contrapuestos.

El Registro es declarativo (respecto de la revocación de poderes) pero es un medio de prueba que da publicidad a las escrituras que recogen las reuniones de las Juntas.

Los acuerdos alcanzados en Juntas que no reúnan mayoría suficiente para ser declarados válidos son nulos. El silencio positivo (el hecho de que los acuerdos no hayan sido impugnados) no puede validar lo que es nulo o anulable por falta de los elementos esenciales para ello, como es la convocatoria en forma y la adopción de acuerdos por quienes tienen legitimación en la fundación.

Siendo un órgano concreto, en virtud de lo dispuesto en los Estatutos, el único con poder de representación en juicio, no procede dar traslado ni audiencia al Protectorado, pues la fundación debe resolver sus problemas internos sobre gestión y organización de la forma establecida en los Estatutos y en la Ley.

[19] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª), de 17 de julio de 2017. Ponente: D. José Alfonso Arolas Romero.

Impugnación de nombramientos de patronos y solicitud de cese: el patrono disconforme debe demandar como tal a la propia fundación: falta de legitimación activa y pasiva.

HECHOS.—D. Ángel Jesús, como Presidente y patrono y en nombre de la fundación, plantea demanda contra una serie de patronos de la misma solicitando que se declarara la nulidad de la designación y aceptación de éstos, de

las convocatorias del Consejo de Patronos por ellos realizadas, de los acuerdos adoptados en las juntas respectivas y el cese de los mismos.

En Primera Instancia la demanda es desestimada por falta de legitimación activa y pasiva, fallando la Audiencia en el mismo sentido respecto del recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Dado que lo relativo a la designación y aceptación de nuevos patronos, impugnación de las convocatorias y acuerdos adoptados por el Consejo de Patronos y al cese de los patronos codemandados son cuestiones que afectan fundamentalmente a la marcha de la fundación, ésta debió ser la principalmente demandada y no los patronos, que no tienen legitimación para soportar ciertas acciones que inciden directamente en la vida jurídica de la persona no lucrativa.

Por otro lado, resulta contradictorio que el recurrente actúe en nombre de la fundación, ya que nadie puede actuar en contra de sus intereses y mal puede litigar aquél en nombre de la persona jurídica para que se declaren nulos determinados actos de la propia persona jurídica. El recurrente, habiendo perdido la representación de la fundación, no podía litigar en su nombre y la única forma de recuperar su condición de Presidente era demandar, como patrono personal designado por el fundador, a la propia fundación, para declarar la nulidad de los actos adoptados por ésta.

[20] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.ª), de 13 de junio de 2017. Ponente: D. Francisco Javier Carranza Cantera.

Impugnación de acuerdos del Patronato: existe legitimación activa si los patronos están ausentes o votaron en contra; la mayoría simple exigida para la transformación en fundación bancaria se aplica también al resto de acuerdos vinculados.

HECHOS.—Un conjunto de patronos interponen demanda solicitando la declaración de nulidad de los acuerdos sobre la transformación de una fundación caja en fundación bancaria adoptados por el Patronato de la primera. Alegan diversos defectos formales: entre otros, ausencia de puesta a disposición de la documentación relativa a la reunión, no aprobación de determinadas cuestiones vinculadas con la transformación, ausencia de mayoría cualificada y denegación de votación secreta.

La entidad recurrida opone falta de legitimación activa de los patronos actores por haberse limitado los mismos a ausentarse de la reunión y no haber votado el acuerdo y por considerar este comportamiento un abuso de derecho.

La Audiencia entiende legitimados a los recurrentes aunque desestima el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—En cuanto a la legitimación activa.—Lo relevante a la hora de verificar si se cumplen los requisitos para la impugnación del acuerdo de la fundación es si los patronos estuvieron ausentes de la votación (desde

un inicio o de manera sobrevenida) o si, estando presentes, votaron en contra del acuerdo adoptado. Ningún otro requisito (tampoco el de anunciar la impugnación ni manifestar oposición al acuerdo una vez adoptado) exige la LF de 2002 para impugnar un acuerdo. Del mismo modo, no concurre abuso de derecho pues ninguna norma impone la obligación de votar ni de permanecer en la Junta en el momento de la votación y por ello ha de considerarse que el patrono es libre para ausentarse y, luego, impugnar el acuerdo en el que no participó.

Sobre el acto de la votación y mayorías exigidas.—El acuerdo de transformación de la fundación caja en una fundación bancaria llevaba implícita la necesidad de aprobar la memoria, los estatutos, la dotación y la lista de patronos de la nueva fundación, a riesgo de que ésta quedara privada de sustrato legal, económico y personal para funcionar (lo que, además, quedaba con claridad señalado en el orden del día sin que pueda sostenerse que el objeto de la convocatoria era exclusivamente la transformación).

Como la aprobación de la transformación lleva consigo como parte inescindible y necesaria la aprobación de estos otros elementos citados, la mayoría simple a la que se refiere la Disposición Adicional de la Ley 26/2013, que pretende facilitar la transformación, se proyecta también sobre dichos elementos, sin ser necesaria su aprobación por mayoría cualificada de 2/3.

Para que una petición de votación secreta prospere debe ser realizada por, al menos, un tercio de los patronos, corriendo con la carga de acreditar este hecho quien lo alega.

[21] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5.^a), de 15 de marzo de 2017. Ponente: María Magdalena García Larragan.

Acuerdos del Patronato: propuesta de nombramiento de representantes en el Consejo de Administración de sociedades mercantiles; contratación de un letrado asesor retribuido: acuerdos adoptados dentro de las competencias del Patronato: impugnación improcedente.

HECHOS.—El Patronato de una fundación adopta acuerdos respecto de la sustitución y nombramiento de nuevos patronos representantes de la persona jurídica sin fin de lucro en los consejos de administración de entidades mercantiles participadas, por un lado, y respecto de la contratación de un letrado asesor, por otro. La inscripción de estos acuerdos en el Registro Mercantil es impugnada por entender, en el primer caso, que se había producido una extralimitación de las competencias del Patronato y, en el segundo, que no correspondía la contratación y retribución del asesor por parte de la fundación, en la medida en que su función es asesorar a determinadas personas físicas cuando ejercen su cargo de consejeras en las correspondientes sociedades.

La demanda es desestimada, del mismo modo que lo es el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—De la literalidad de las actas de la reunión del Patronato resulta que se trata de meras propuestas de sustitución y nombramien-

to de nuevos patronos representantes en consejos de administración de sociedades mercantiles participadas. No se ha vulnerado la competencia de las correspondientes Juntas de Accionistas ni se ha decidido fuera de la competencia de la fundación asuntos que deben ser adoptados por las mismas. El acuerdo pretende simplemente fijar la posición que los representantes de la fundación deben mantener en las sesiones de los consejos de administración de las mercantiles en las que participa.

En cuanto al nombramiento y retribución de un letrado asesor, está dentro de la esfera competencial del Patronato, tratándose de la contratación de unos servicios que se presenta más que razonable habida cuenta de la envergadura económica de la fundación y la carencia de conocimientos jurídicos de los patronos. Contratación que, además, no comporta la contravención de ningún artículo estatutario relativo al destino de los recursos e ingresos de la fundación, pues nos encontramos ante gastos propios de administración.

[22] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.^a), de 12 de enero de 2017. Ponente: Dña. Beatriz Calvillo Rodríguez.

Legitimación pasiva de una fundación que sucede a una caja de ahorro: la fundación mantuvo solo competencias benéfico-sociales: legitimación pasiva como responsable de la contratación financiera inexistente.

HECHOS.—D. Ambrosio demanda a la Fundación Obra Social Caja M. y al banco que había absorbido a la Caja de Ahorro M., solicitando la nulidad, por vicio en el consentimiento, de un contrato de cuotas participativas emitidas por la Caja de Ahorro M., por incumplimiento de esta última de su deber de informar debidamente acerca de los riesgos asociados al producto financiero.

La demanda es estimada en Primera instancia, recurriendo en apelación ambas entidades demandadas. En lo que a la Fundación respecta, ésta alega carecer de legitimación pasiva por ser el banco codemandado el único sucesor universal del negocio financiero bancario de la extinta Caja de Ahorros, negocio en el que estaban incluidas las cuotas participativas objeto de litigio.

El recurso de la Fundación es estimado (siendo desestimado el del banco, que deberá responder).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—En la segregación producida en el seno de la Caja de Ahorro, como entidad emisora de las participaciones, la Fundación sólo mantuvo sus competencias de carácter benéfico-social, manteniendo toda la actividad financiera la entidad resultante de dicha segregación, quien, junto con la Fundación, transmite el negocio financiero al banco codemandado. En este negocio se incluye la responsabilidad derivada de dicha contratación, elemento relevante subrayado por la doctrina y jurisprudencia, independientemente de la transmisión formal o no de las cuotas participativas. De aquí deviene la falta de legitimación pasiva de la Fundación.

[23] Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1.^a), de 30 de junio de 2017. Ponente: Dña. María Elena Mayor Rodrigo.

Fundación tutelar: derecho a percibir retribución si el patrimonio del tutelado es suficiente.

HECHOS.—El objeto del litigio es dilucidar si una fundación que ejerce la tutela de una persona, tiene derecho a percibir una retribución por sus servicios.

Habiéndose denegado este derecho en Primera Instancia por la escasez de patrimonio del tutelado, se desestima por el mismo motivo el recurso de apelación interpuesto por la fundación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—No puede excluirse el derecho de las fundaciones tutelares, pese a ser personas jurídicas sin ánimo de lucro, a ser retribuidas en el ejercicio del cargo de tutor, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita, como exige el artículo 274 Cc (lo que no ocurre en el supuesto de hecho concreto).

V. Otras resoluciones

[24] Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Valladolid, de 20 de junio de 2017. Ponente: D. Jesús Mozo Amo.

Gerente de una fundación: funciones propias de un cargo político: procede la declaración administrativa de servicios especiales.

HECHOS.—D. Avelino solicita que se le reconozca la situación administrativa de servicios especiales al haber sido nombrado Gerente de la fundación de una Universidad.

Su solicitud es desestimada, del mismo modo que los son sus reclamaciones administrativas subsiguientes. Por el contrario, el recurso contencioso-administrativo aquí analizado estima sus pretensiones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Se cumplen los requisitos para la declaración de servicios especiales. Esto es, y en virtud del artículo 87.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público, que el funcionario de carrera sea nombrado para desempeñar puesto o cargo en Organismos públicos o entidades dependientes o vinculadas a las Administraciones Públicas y, por otro lado, que el puesto o cargo esté asimilado en su rango administrativo al alto cargo.

En cuanto a lo primero, el Gerente, según los Estatutos, es un órgano de gobierno de la fundación, diferenciado, pues, de la estructura administrativa y de puestos de trabajo de la misma. La fundación es una persona jurídica dependiente o vinculada a una Administración Pública y pertenece al sector público autonómico.

Por otro lado, la Universidad fundadora, en los Estatutos de la fundación, decidió aprobar que el cargo de Gerente tuviera la consideración de alto cargo. Se produce pues una asimilación formal pero también material, puesto que las funciones del

Gerente tienen carácter directivo y exceden de las propias de gestión o administrativas, se ejercen con dedicación exclusiva y a tiempo completo, con sometimiento a la Ley de incompatibilidades y siendo nombrado y cesado libremente. Cumple, en definitiva, con los rasgos propios de un cargo político.

VI. Índice analítico

Constitución de fundación *mortis causa*

- *Legitimación para los actos de ejecución de voluntad testamentaria*
STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2017 [9]
STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2016 [15]

Denominación de las fundaciones

- *Reserva de denominación*
SAN de 5 de diciembre de 2017 [3]
- *Uso del término «Fundación»*
STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2017 [10]

Facultades del Protectorado

- *Competencia para control financiero del fundador*
SAN de 8 de febrero de 2017 [4]
- *Conflicto sobre representación de la fundación*
SAP de Álava de 19 de julio de 2017 [18]
- *Constitución de fundación *mortis causa**
STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2017 [9]
- *Procedimiento administrativo de comprobación*
STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2016 [14]

Fundaciones bancarias

- *Mayorías de los acuerdos de transformación*
SAP de Burgos de 13 de junio de 2017 [20]
- *Responsabilidad/legitimación pasiva*
STS de 13 de julio de 2017 [1]
SAP de Madrid de 12 de enero de 2017 [22]

Fundaciones del Sector Público

— *Régimen del personal a su servicio*

STSJ de Castilla y León de 25 de julio de 2017 [8]

Fundaciones tutelares

— *Retribución*

AAP de Guadalajara de 30 de junio de 2017 [23]

Legitimación de una fundación

— *Fundación que sucede a Caja de Ahorros*

SAP de Madrid de 12 de enero de 2017 [22]

— *Legitimación activa sobre actuación del Patronato*

STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2016 [14]

— *Legitimación pasiva acción posesoria*

SAP de Baleares de 13 de noviembre de 2017 [16]

— *Nombramiento y cese de patronos*

SAP de Valencia de 17 de julio de 2017 [19]

Jurisdicción competente

— *Reclamación sobre responsabilidad del Patronato*

STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de febrero de 2017 [12]

Patrimonio

— *Derecho de uso de familiares del fundador*

SAP de Baleares de 13 de noviembre de 2017 [16]

— *Fundación en proceso de formación*

STSJ de Castilla y León de 13 de noviembre de 2017 [6]

Patronato

— *Impugnación e invalidez de acuerdos*

SAP de Álava de 19 de julio de 2017 [18]

SAP de Burgos de 13 de junio de 2017 [20]

— *Legitimación pasiva*

SAP de Valencia de 17 de julio de 2017 [19]

— *Nombramiento patronos*

STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de diciembre de 2016 [13]

SAP de Vizcaya de 15 de marzo de 2017 [21]

— *Otros órganos de gestión*

STSJ de Castilla y León de 19 de mayo de 2017 [11]

SJ Contencioso-Administrativo n.º 4 de Valladolid de 20 de junio de 2017 [24]

— *Patrono persona física/jurídica*

STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de diciembre de 2017 [5]

— *Responsabilidad de los patronos*

STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de febrero de 2017 [12]

— *Responsabilidad penal: uso instrumental de una fundación*

SAP de Baleares de 16 de octubre de 2017 [17]

Régimen fiscal especial

— *Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana*

STSJ de Castilla y León de 13 de noviembre de 2017 [6]

Registro de Fundaciones

— *Control de legalidad formal*

STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de diciembre de 2016 [13]

— *Expedición de certificados de los asientos*

STSJ de Galicia de 11 de octubre de 2017 [7]

— *Inscripción de fundación como acto reglado*

STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2016 [15]

— *Legitimación para inscripción de modificación estatutaria*

STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de diciembre de 2017 [5]

— *Medio de prueba y publicidad*

SAP de Álava de 19 de julio de 2017 [18]

— *Registro competente*

SAN de 16 de octubre de 2017 [2]

Representación de una fundación

SAP de Valencia de 17 de julio de 2017 [19]

Responsabilidad de una fundación

—*Fundación que sucede a Caja*

STS de 13 de julio de 2017 [1]

SAP de Madrid de 12 de enero de 2017 [22]