

1/15

dictamen

Sobre el Anteproyecto de Ley
de Fundaciones del País Vasco

Bilbao, 25 de febrero de 2015



CES
EGAB

Consejo Económico
y Social Vasco

Euskadiko Ekonomia eta Gizarte
Arazoetarako Batzordea

I.- INTRODUCCIÓN

El día 16 de enero de 2015 tuvo entrada en el Consejo Económico y Social Vasco escrito del Departamento de Administración Pública y Justicia, solicitando informe sobre el “*Anteproyecto de Ley de Fundaciones del País Vasco*”, según lo establecido en el artículo 3.1 de la Ley 8/2012, de 17 de mayo, del Consejo Económico y Social Vasco.

La iniciativa legislativa que se nos consulta tiene como objetivo actualizar la normativa sobre la materia actualmente regulada por la Ley 12/1994, de 25 de junio, de Fundaciones del País Vasco, en función de las nuevas realidades sociales que debe abordarse en este sector, así como integrar en una única norma las adaptaciones habidas a lo largo de los veinte años transcurridos desde su entrada en vigor.

De manera inmediata fue enviada copia del documento a todos los miembros del Pleno del Consejo a fin de que remitieran sus propuestas y opiniones y dar traslado de las mismas a la Comisión de Trabajo pertinente, según lo establecido en el Reglamento de Funcionamiento del Consejo Económico y Social Vasco. El día 11 de febrero de 2015 se reúne la Comisión de Desarrollo Social y a partir de los acuerdos adoptados, se formula el presente Proyecto de Dictamen para su elevación al Pleno del Consejo de 25 de febrero donde se aprueba por unanimidad.

II.- CONTENIDO

El texto del “*Anteproyecto de Ley de Fundaciones del País Vasco*” consta de 65 artículos, divididos en tres capítulos, trece secciones, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

En la exposición de motivos se explica que si bien la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, supuso en su momento un gran avance, regulando el funcionamiento de las fundaciones bajo criterios de libertad, responsabilidad y flexibilidad, frente al modelo de regulación restrictiva imperante en su momento, en la actualidad se hace necesaria una nueva normativa que se adecue a los nuevos tipos de fundaciones y recoja en un solo texto toda la regulación vigente referente a las mismas.

Al hilo de lo señalado, cabe indicar que la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco fue modificada por la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas

leyes para su adaptación a la Directiva 2006/ 123/ CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como “Ley Ómnibus”. Esta nueva Ley de Fundaciones persigue los mismos objetivos que dicha norma, como la obtención de un servicio de calidad para la ciudadanía, mediante la simplificación de los procedimientos administrativos, celeridad, calidad y transparencia, la eliminación de los procesos de autorización previa y su sustitución por comunicaciones posteriores o declaraciones responsables, así como la simplificación administrativa, eliminando todos los trámites que no sean necesarios, optando por las alternativas que sean menos gravosas para la ciudadanía.

En general, la nueva Ley de Fundaciones es una norma necesaria, que va a aportar seguridad jurídica tanto a la Administración Pública como a las fundaciones y ciudadanía en general, en la cual se refundirán las normas aplicables a dichas entidades, introduciendo así mismo modificaciones de índole técnico-jurídica, que persiguen la adaptación de la normativa fundacional a los nuevos tiempos, así como dar respuesta a las exigencias y necesidades actuales de la sociedad.

El modelo de fundación ha variado sustancialmente a través de los años, por lo que las fundaciones que antaño eran creadas principalmente por una persona benefactora que dejaba parte de su patrimonio a fines benéficos, han pasado a tener fines y estructuras muy diversos y complejos, como las fundaciones dedicadas a la tecnología e innovación, las fundaciones del sector público, las fundaciones bancarias, etc., lo que aconseja una normativa más acorde con la realidad fundacional actual.

El Capítulo I, denominado “La Fundación”, contiene 7 secciones y 46 artículos, referentes a las disposiciones generales, así como a la constitución, gobierno, patrimonio, funcionamiento, actividades, modificación, fusión, escisión, extinción y transformación de las fundaciones.

El Capítulo II, denominado: “Intervención y organización de la Administración en materia de fundaciones”, contiene 4 secciones y 15 artículos, que establecen la regulación del Protectorado y Registro de Fundaciones, así como del Consejo Vasco de Fundaciones.

El Capítulo III, denominado: “Fundaciones especiales”, contiene 2 secciones y 4 artículos, referentes a las fundaciones del sector público y a las fundaciones bancarias de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Las Disposiciones Adicionales se refieren a las fundaciones vinculadas a los partidos políticos, a los requerimientos de información a otras Administraciones, a las obligaciones de los notarios de remisión de documentación al Registro de Fundaciones, y a la Ley de Igualdad de Género.

Las Disposiciones Transitorias establecen la obligación de adaptación de los estatutos de las fundaciones a la presente Ley, así como la vigencia de Los Reglamentos del Registro y del Protectorado de Fundaciones del País Vasco, aprobados mediante los Decretos 101/2007 y 100/2007, de 19 de Junio, respecto a aquellas disposiciones que no contradigan la Ley.

Queda derogada la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, así como todas las disposiciones, de igual o inferior rango, que contradigan lo previsto en esta ley.

Por último, las Disposiciones Finales hacen referencia al desarrollo reglamentario y la entrada en vigor de la presente Ley de Fundaciones.

III.- CONSIDERACIONES GENERALES

I. Valoración general de la norma

Se presenta a nuestra consideración el *Anteproyecto de Ley de Fundaciones del País Vasco*, con la que el Gobierno pretende, tal y como se dice en el artículo 1, “regular el derecho de fundación, de acuerdo con las competencias que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene en la materia, establecidas en el artículo 10-13º del Estatuto de Autonomía”, actualizando la normativa sobre la materia actualmente regulada por la Ley 12/1994, de 25 de junio, de Fundaciones del País Vasco, en función de las nuevas realidades sociales que debe abordarse en este sector, e integrando en una única norma las adaptaciones habidas en los veinte años transcurridos desde su entrada en vigor.

Queremos comenzar estas consideraciones reconociendo el papel que el tejido fundacional desarrolla en nuestro país, que se extiende por diversos campos como la cultura, los servicios sociales y la salud, la educación y la investigación, el empleo y la formación, o el medioambiente, entre otros, convergiendo en su contribución a fines de interés general y a objetivos de vertebración social y de impulso económico. Por ese motivo, compartiendo los objetivos señalados por el anteproyecto, este Consejo valora positivamente la iniciativa que le ha sido consultada.

Consideramos que es necesario actualizar la Ley 12/1994, de Fundaciones del País Vasco, para adecuar este sector a los cambios que se han producido en este periodo. Por ello, este Anteproyecto de Ley de Fundaciones debe regular los mínimos necesarios de un ámbito en el que actúan organizaciones de muy diversa índole y en sectores muy diferentes, puesto que nos encontramos en la actualidad con fundaciones que interactúan en ámbitos de la economía, la tecnología y la innovación social, así como en la protección de los sectores sociales más desfavorecidos.

Y, en este sentido, llamamos la atención sobre la heterogeneidad de las entidades objeto de esta regulación, en cuanto a su dimensión, tipología y fuentes de financiación.

II. El ámbito de aplicación

Respecto al ámbito de actuación de la Ley, la Exposición de motivos dice que se establece como en la Ley 12/1994, aplicándose a las fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en la CAPV, aunque se incluye también de forma expresa a las que tengan la sede de su Patronato, así como la gestión y la dirección de la fundación, centralizadas en dicha Comunidad, “aunque su actividad principal se desarrolle en el extranjero”, en referencia a lo establecido en el art. 5 del anteproyecto.

Este precepto plantea la duda sobre qué ocurre si la actividad principal se realiza en otra Comunidad Autónoma. Dicha situación no se regula porque sería una norma de conflicto que puede chocar competencialmente con el art. 149.1.8 CE (ver doctrina del TC sobre la primera Ley vasca de Cooperativas). Sí se contempla, sin embargo, la aplicación de la ley cuando la actividad principal se desarrolle en el extranjero, pero cabría pensar que esta previsión también choca con el citado artículo de la Constitución.

Por todo ello, llamamos la atención sobre la inseguridad jurídica que esta cuestión suscita.

III. El papel del Protectorado

Destacamos que este anteproyecto de Ley peca de una excesiva incidencia en las funciones de control y fiscalización que el Protectorado debe ejercer sobre las fundaciones, más que sobre la necesaria y pertinente labor de acompañamiento y de asesoramiento que debe prestarles.

El anteproyecto de Ley, y especialmente sus artículos 49 a 54 en los que se regula esta figura, exceden de la finalidad declarada para este órgano, resultando fiscalizador e intervencionista, en algunos casos injustificadamente.

A modo de ejemplo, el art. 50 (funciones del Protectorado) otorga a este la facultad de gobierno de las fundaciones, entendido como *“intervenir la fundación, asumiendo en su caso la gestión provisional”* o *“nombrar a las que personas que integren el Patronato”*, sin mención a la excepcionalidad que debería justificar tales facultades. Igualmente se alude a la *“vigilancia de las fundaciones”*, cuando el término adecuado, en nuestra opinión, debería ser el de *“supervisión”* de su funcionamiento.

Consideramos que la actuación del Protectorado debería ser preventiva y coadyuvante al cumplimiento de la normativa reguladora de las fundaciones, y que únicamente debería intervenir si se viera afectado el interés general de forma clara, con repercusiones y daños evidentes.

Emitiremos, además, en el apartado correspondiente, diversas consideraciones específicas a los artículos del anteproyecto de Ley en los que se regula el Protectorado.

IV. Las fundaciones del sector público

Se dice en la Exposición de motivos que *“son fundaciones del sector público de la CAPV aquellas en las que concurren las circunstancias señaladas en la presente ley y en la normativa sobre el sector público, mediante las cuales se acredita que existe un control de dicho sector público sobre las mismas”*.

En nuestra opinión, la redacción de este párrafo no es correcta y genera confusión, puesto que no se sabe a qué control ni a qué normativa sobre el sector público se refiere. En realidad, se están confundiendo el concepto de fundación del sector público y su régimen aplicable, confusión que se aprecia claramente en los artículos 62 y 63 en los que se regulan estas fundaciones.

En cualquier caso, consideramos que esta norma debería aprovecharse para aclarar el régimen jurídico de las fundaciones del sector público: su régimen de contratación de bienes y servicios y el régimen del personal adscrito a estas fundaciones. En concreto, debería clarificarse que el régimen de su personal es de Derecho privado (laboral), y que la selección debe realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y con publicidad de las convocatorias, tal y como se recoge en el art. 46.4 de la Ley Estatal 50/2002, de Fundaciones del Sector Público Estatal.

V. Las Memorias (Económica y Explicativa)

En primer lugar, creemos que el alcance del análisis de impacto es totalmente insuficiente para la afirmación que se recoge como conclusión en la **Memoria Económica** que acompaña al anteproyecto de Ley: *“No existe incidencia económica de la iniciativa en los Presupuestos de la*

Comunidad Autónoma y es por ello que no puede citarse programa ni partida presupuestaria que se refiera a la misma". Y ello, por varios motivos:

- En base a la competencia de la legislación vigente, el Gobierno Vasco debe ejercer el Protectorado y la llevanza del Registro, actividades que suponen cargas administrativas y consumen con total seguridad recursos públicos adscritos a partidas presupuestarias del departamento correspondiente. No se determina si la nueva legislación reducirá o no dichas cargas.
- Aunque del texto del anteproyecto de Ley no se desprenda una directa y expresa implicación en las partidas presupuestarias de los Presupuestos, visto lo dispuesto en el artículo 62, relativo a las Fundaciones del sector público de la CAE, no hubiera estado de más una más completa explicación sobre la eventual implicación actual o hipotética de recursos públicos en tales fundaciones.
Como se apunta en la Exposición de motivos del anteproyecto y en su Memoria Explicativa, en las actividades desarrolladas por las fundaciones no es ajeno, sino todo lo contrario, el interés general, por lo que no nos resulta disparatado requerir explicación sobre los compromisos o propósitos que puede albergar el Gobierno en materia de "Fundaciones del sector público" y con qué alcance e implicación económica.
- Asimismo, la nueva regulación establece la creación de un Consejo Vasco de Fundaciones, organismo que requerirá de recursos para el ejercicio de su función.

Por otra parte, tal y como se ha manifestado la COJUA en diversos dictámenes, la **Memoria Explicativa** ha de dar información suficiente sobre la realidad sobre la que va a proyectarse la norma. Debería recogerse una determinación de la dimensión del sector de las fundaciones de la CAPV y del número de entidades afectadas (al menos de las que ya estén registradas), ámbitos de actividad, representación económica y social, etc...) Tampoco se conoce el impacto que tendrá esta norma en este colectivo que se verá afectado por ella o, conforme al precepto establecido en el artículo 6 de la Ley 16/2012, de 28 de Junio, de Apoyo a las personas emprendedoras y a la pequeña empresa del País Vasco, sobre el conjunto de las empresas.

VI. El lenguaje empleado

Una vez más hemos de resaltar el uso, en este anteproyecto de Ley, de un lenguaje sexista ("el fundador o fundadores", "los beneficiarios", "el notario"...).

A modo de ejemplo, citaremos el art. 14 (Personas que integran el Patronato), en el que, reiteradamente, se hace referencia a "su Presidente". Nos llama la atención que en este artículo no se mencione a la Presidenta del Patronato cuando sí se contempla que haya secretarías y vicepresidentas y más cuando el Anteproyecto de Ley, en la Disposición Adicional Cuarta, establece que *"la conformación de los órganos de las fundaciones deberá ajustarse a lo establecido en la Ley 4/2005 de 18 de Febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, especialmente en lo referente a la representación equilibrada en el Patronato de las fundaciones"*.

El propio Gobierno Vasco reconoce en su VI Plan de Igualdad que *"la situación de desigualdad entre mujeres y hombres se ve reflejada y, en muchas ocasiones, fortalecida, por el lenguaje"* y, en este sentido, la Ley 4/2005, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, requiere de las

Administraciones un uso no sexista del lenguaje en todas sus dimensiones y comunicaciones, al establecer en su artículo 18.4 que *“los poderes públicos vascos deben hacer un uso no sexista de todo tipo de lenguaje en los documentos y soportes que produzcan directamente o a través de terceras personas o entidades”*.

Por todo ello, se exige que sea subsanado este incorrecto empleo del lenguaje del que adolece el anteproyecto de Ley.

IV.- CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS

Exposición de motivos

- Página 2, párrafo 2: Se dice que *“en las Disposiciones Generales se indica, como en la anterior Ley de Fundaciones del País Vasco, que los fines de las fundaciones han de ser de interés general, pero se añade un listado abierto de los fines que habitualmente persiguen dichas entidades sin ánimo de lucro”*.

Entendemos que la conjunción adversativa “pero” no procede, porque el listado que establece la Ley, que no es cerrado, es independiente de la cláusula general. Por lo tanto, este párrafo estaría mejor redactado si se siguiera el criterio establecido en el art. 4 “Fines y personas beneficiarias”.

- Página 2, párrafo 3: Sugerimos la siguiente mejora de redacción:

“Respecto al ámbito de actuación de la Ley, se establece como en la Ley 12/1994, que se aplicará a las fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en la Comunidad Autónoma del País Vasco,...”.

Art. 4.1. Fines y personas beneficiarias

Se dispone que las fundaciones deberán servir a fines de interés general y, entre otros, se citan como fines de interés general los de “cooperación para el desarrollo”.

Creemos que debería hacerse referencia a la “cooperación y educación para el desarrollo”, puesto que la educación para el desarrollo es un proceso clave para la cooperación, que tiene como objeto conseguir que la ciudadanía se comprometa y participe de una política de desarrollo eficaz y de calidad a través del conocimiento y el desarrollo de competencias, valores y actitudes relacionados con la solidaridad, la justicia social y los derechos humanos.

Art. 5. Ámbito de aplicación

A lo ya expuesto en las consideraciones generales en relación al ámbito de aplicación de esta norma, queremos añadir dos comentarios de carácter formal.

En primer lugar, el apartado primero de este artículo puede dar lugar a un error de interpretación, al indicar que *“se considera que desarrollan principalmente sus actividades en la CAPV las fundaciones que realizando su actividad principal en el extranjero, tienen su domicilio estatutario dentro de dicha Comunidad”*. Creemos que para evitar la confusión convendría una nueva redacción más concreta:

“Se considera que desarrollan principalmente sus actividades en la CAPV también a las fundaciones que realizando su actividad principal en el extranjero, tienen su domicilio estatutario dentro de dicha Comunidad”.

Por otro lado, el apartado 2 habla indistintamente de asociaciones extranjeras y fundaciones extranjeras. Entendemos que de lo que se debe hablar, en ambos casos, es de fundaciones extranjeras.

Art. 6. Domicilio

Se establece que *“deberán estar domiciliadas en la Comunidad Autónoma del País Vasco las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad en dicho territorio”* y que *“las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato, o bien en el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades”*.

Con esta redacción se convierte en obligación la domiciliación en el País Vasco, pero el problema puede surgir a la hora de determinar cuál es la actividad principal de la fundación.

Art. 12. Dotación de la fundación

En primer lugar, creemos que hay una confusión en el apartado 1 de este artículo, dado que hay párrafos que prácticamente se repiten:

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

Cuando la dotación inicial sea de inferior valor, la persona fundadora incluirá en la escritura fundacional, junto con el primer programa de actuación, un estudio económico realizado por profesional independiente, que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos.

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

Cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer plan de actuación, junto con un estudio económico que permita contrastar que la dotación y los medios de financiación previstos son suficientes para garantizar el cumplimiento de los fines fundacionales”.

Por otra parte, en el apartado 2 se dice que *“si la aportación inicial no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución tasación realizada por personas expertas independientes”*.

Nos preguntamos qué se considera “persona experta independiente” y quién la va a designar. Además, para algunas aportaciones no dinerarias, esta obligación podría resultar excesivamente gravosa (con equipos informáticos, por ejemplo).

Art. 15. El cargo de patrono o patrona

En primer lugar, el apartado 4 de este artículo dispone que quienes representen a las personas jurídicas en el Patronato lo serán de forma estable. Creemos que la intención de desempeñar

el cargo puede vencer por causas sobrevenidas, y que lo que este artículo debería disponer es que “se procurará” que esta representación se produzca de manera estable.

En segundo lugar, el apartado 5 dice que *“podrá actuar en nombre de quien fuera llamado a ejercer la función de patrono o patrona por razón del cargo que ocupare, la persona a quien corresponda su sustitución, o la que designe expresamente el representado o la representada”*. Consideramos que esto deberá siempre realizarse previo acuerdo de nombramiento o relevo de la entidad en la que se ostenta tal cargo.

Por último, se dice en el apartado 6 que el Patronato deberá comunicar al Registro de Fundaciones del País Vasco la designación de sus miembros en el plazo de seis meses contados desde la adopción del acuerdo de nombramiento, y que *“el Registro procederá a su inscripción, dejando constancia, en su caso, del incumplimiento de dicho plazo”*.

En nuestra opinión, la citada expresión “en su caso”, debería sustituirse por “cuando no haya causa justificada”, dado que el retraso en la comunicación puede obedecer a muy diferentes motivos.

Art. 16. Aceptación y renuncia de los miembros del Patronato

En primer lugar, sugerimos completar la redacción del apartado 2.d) como se indica:

“2.- La aceptación se podrá instrumentalizar de alguna de las maneras siguientes:...
d) *Mediante la presentación en el Registro de Fundaciones del País Vasco de un certificado acreditativo de la aceptación del nombramiento ante el Patronato de la fundación, expedido por el secretario o secretaria de la misma, con la firma de éste legitimada notarialmente o autenticada ante persona funcionaria del Registro de Fundaciones del País Vasco o ante personal autorizado en cualquier registro territorial del Gobierno Vasco o bien en las oficinas territoriales de “Zuzenean”, en comparecencia realizada al efecto”*.

Creemos que se trata de una mejora que simplifica y permite agilizar la tramitación de expedientes. Asimismo, facilita el trabajo a las pequeñas fundaciones que sirven a fines de interés general y que cuentan con poco medios.

Por otra parte, en el apartado 3 se dice que *“la designación y aceptación de la persona física que representa a la persona jurídica miembro del Patronato precisará su aceptación, con las formalidades establecidas en los párrafos anteriores. No será necesaria la inscripción de dicha aceptación ni su presentación al Protectorado, salvo que éste solicite su acreditación a los efectos de inspección”*. Apreciamos cierta contradicción entre el detalle con el que regula este artículo la aceptación y renuncia de los miembros del Patronato y esta posibilidad de no inscripción.

Art. 17. Gratuidad de la condición de patrono o patrona

Se establece que *“salvo que la persona fundadora hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá establecer una retribución para los patronos o patronas que presten en la fundación servicios distintos de los correspondientes a sus funciones. Este acuerdo será comunicado al Protectorado en el plazo que reglamentariamente se establezca”*.

Creemos que la indeterminación de la norma de desarrollo a la que se hace referencia genera inseguridad, y que sería conveniente que la propia Ley fije este plazo.

Art. 18. Delegación de facultades y apoderamientos

Comienza el artículo diciendo que *“el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus integrantes, salvo prohibición expresa de los estatutos. Cuando la delegación se realice a favor de varios integrantes del Patronato, se constituirá una o varias Comisiones Ejecutivas o Delegadas, las cuales deberán estar reguladas en los estatutos de la fundación”*.

Creemos que estas comisiones deberían estar mejor previstas con sus funciones esenciales, y decirse que se regularán mediante un reglamento de funcionamiento interno aprobado por el Patronato, tal y como se hace en las sociedades de capital y como se establece en la normativa hasta ahora vigente.

A continuación se enumera un conjunto de funciones que no podrán delegarse en ningún caso, que hace que en la práctica no pueda delegarse prácticamente nada. Entre ellas, están el plan de actuación y la modificación de los estatutos. Creemos que en ambos casos, y tal y como se dispone para las cuentas, lo que no debería delegarse es su aprobación.

Art. 19. Otros órganos

Se dispone que el ejercicio de la gestión ordinaria podrá encomendarse a una gerencia, debiendo el nombramiento y el cese de esa gerencia ser comunicado al Protectorado, y que los poderes otorgados al gerente serán objeto de inscripción en el Registro de Fundaciones.

Nos resulta extraña esta previsión y no alcanzamos a entender qué aporta, ya que se obliga a la comunicación del gerente pero no su inscripción (aunque sí la de sus poderes).

Art. 20. Cese de los patronos o patronas

El cese de los patronos o patronas se producirá, entre otros supuestos, *“por no desempeñar el cargo con la diligencia prevista en el artículo 19 de la presente Ley, si así se declara en resolución judicial”* (apartado 1.d). Creemos que la alusión al artículo 19 es incorrecta, y debería sustituirse por una referencia al artículo 22 (Responsabilidad de los patronos o patronas).

Art. 21. Sustitución y suspensión de los patronos o patronas

El apartado 1 establece que cuando la sustitución de los patronos o patronas no se produzca de la forma prevista en los estatutos, quedará facultado el Protectorado de Fundaciones *“para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación, hasta que se produzca dicha modificación estatutaria”*. Asimismo, en el supuesto de que el Patronato no sea recompuesto por la propia fundación, el Protectorado podrá completar por sí mismo el número de patronos o patronas e instar la disolución de la fundación, si apreciara que la misma no es viable.

Apreciamos un exceso de protagonismo del Protectorado en la vida de las fundaciones. En ocasiones, la búsqueda de un patrono o patrona adecuada puede llevar tiempo y no creemos conveniente una presión que consideramos injustificada. Además, convendría justificar la intervención del Protectorado en términos de plazo, razones de interés público, etc., añadiendo, además, que esta intervención se producirá *“con carácter excepcional”*.

Art. 22. Responsabilidad de los patronos o patronas

En primer lugar, se dispone que *“las personas integrantes del Patronato deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un o una representante leal”*. Creemos que se trata de una muy vaga descripción del deber de diligencia, teniendo en cuenta el elevado nivel de responsabilidad exigida en el resto de los artículos.

Asimismo, se considera que la no presentación (ante el Registro de Fundaciones) de las cuentas anuales “en el plazo debido” (15 días hábiles a partir de su aprobación, según fija el artículo 32 del anteproyecto de Ley) implica actuar sin la diligencia debida. Reiteramos la insuficiencia de este plazo, tanto para el cierre del Registro como para la presunción de irresponsabilidad por parte de los patronos o patronas.

Art. 23. Adopción de acuerdos

Se dice en este artículo que *“a falta de regulación expresa se estará a lo previsto en la legislación de procedimiento administrativo”*.

Considerando que las Fundaciones son entidades privadas y no tuteladas, nos surge la duda de si, en este supuesto, tiene que ser la legislación de procedimiento administrativo la normativa supletoria.

Art. 27. Herencias y donaciones

En el apartado 1 de este artículo se dice que *“los patronos o patronas serán responsables frente a la fundación de la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el artículo 1024 del Código Civil y, en su caso, la normativa foral correspondiente”*. Creemos que los actos aludidos¹ deberían recogerse literalmente en este artículo, dada la responsabilidad que generan.

Además, el apartado 2 establece que *“la aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas deberán ser comunicadas por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo éste ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos o patronas, si sus actos resultan lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley”*.

En nuestra opinión, debe otorgarse mayor margen de discreción a los/las patronos/as, resultando excesivo el control por parte del Protectorado.

Art. 28. Principios de actuación y funcionamiento

Entre los principios de acuerdo a los cuales deberán actuar las fundaciones, está el del *“cumplimiento de las directrices establecidas en los códigos de conducta y buenas prácticas de funcionamiento”*. Creemos que esta generalidad provoca inseguridad jurídica y que debería completarse añadiendo que estos códigos y buenas prácticas serán “acordados en los estatutos”.

1. El artículo 1024 del CC establece que *“el heredero perderá el beneficio de inventario: 1. Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia. 2. Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización”*.

Art. 29. Obtención y destino de ingresos y rentas

En primer lugar, el apartado 2 de este artículo establece que a la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70% del excedente del ejercicio anual, después de haber deducido los gastos realizados para la obtención de tales ingresos, y que estos deberán ser aplicados en el plazo comprendido entre el inicio del ejercicio en el que se hayan obtenido los respectivos resultados e ingresos y los tres años siguientes al cierre de dicho ejercicio.

Este Consejo entiende que tres años es un plazo muy breve (en la normativa estatal son cinco). Si el patrimonio es exiguo pero la labor puede perdurar algo más en el tiempo, no caben razones para obligar a un desembolso y a una acción más breve. Además, un mayor plazo permitiría a la fundación idear modos para reactivar sus ingresos con menor presión.

Por otro lado, el apartado 4 dispone que deberá destinarse a incrementar la dotación o las reservas, según el acuerdo del Patronato, el resto de rentas o ingresos que no deban destinarse a cumplir lo establecido en el párrafo segundo de este artículo, una vez deducidos los gastos de administración, cuyo porcentaje máximo se determinará reglamentariamente.

Se debe aclarar si se refiere al porcentaje máximo de incremento de la dotación o reservas por las rentas o ingresos no aplicados. Creemos, además, que esta cuestión no debería determinarse reglamentariamente, ya que resta autonomía a la gestión de estos fondos.

Art. 31. Contabilidad

Proponemos completar la redacción del segundo párrafo del apartado 2 como sigue, a fin de que esta sea más clara y adecuada, en línea a lo establecido en el art. 25 de la Ley Estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones:

“Las cuentas anuales, que comprenden el balance, la cuenta de resultados y la memoria, forman una unidad, deben ser redactadas con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación.”

Art. 32. Presentación, depósito y publicidad de las cuentas anuales

El apartado 1 de este artículo dice que *“dentro de los quince días hábiles siguientes a la aprobación de las cuentas anuales, el Patronato de la fundación presentará, para su depósito en el Registro de Fundaciones, certificación de los acuerdos del Patronato de aprobación de dichas cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas...”* Creemos que se trata de un plazo excesivamente breve (en las sociedades de capital se prevé un mes), sobre todo porque no todas las fundaciones cuentan con estructura administrativa propia que permita garantizar un cumplimiento tan exigente.

Art. 33. Auditoría de cuentas

En primer lugar, en el apartado 1 se dice que se someterán a auditoría externa las cuentas anuales de todas las fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones del País Vasco, excepto las que, a fecha de cierre del ejercicio, incurran en una serie de supuestos. No se entiende la

excepción negativa a justificar por la fundación, y consideramos que sería mejor desglosar a partir de qué momento la auditoría es obligatoria.

Entre los supuestos que permiten eludir la auditoría externa, se encuentra, en primer lugar, el de *“no realización por sí misma de actividades empresariales o participación inferior al 5% en cualquier sociedad que tenga limitada la responsabilidad de sus socios”*. No parece justificado que la mera participación en actividades empresariales relacionadas con los fines fundacionales por encima del 5% determine una auditoría de cuentas. Consideramos que ha de ser algo de mayor relevancia económica (mayor participación, o peso en los ingresos de la fundación por encima de un 20%, por ejemplo). En nuestra opinión, se debe potenciar la autofinanciación de la acción social de fundaciones sin poner excesivas trabas.

Otro supuesto de exención de la citada obligación es *“que el número o volumen de servicios remunerados por las personas beneficiarias no predomine sustancialmente entre los prestados gratuitamente por la fundación”*. No alcanzamos a entender este punto, que merecería una redacción más clara.

Después, el apartado 2 establece que también se deberán someter a auditoría externa las cuentas de las fundaciones que aun cumpliendo los requisitos señalados, incurran en una serie de supuestos:

- Entre estos se encuentra, en primer lugar, *“que al menos el 50% del valor total de las partidas del activo del balance de situación de la fundación proceda o haya sido aportado por instituciones públicas”*.
Sobre este supuesto, consideramos que, en el caso de que lo que se pretenda cuantificar sean los ingresos de la fundación, debería fijarse un importe (y no un porcentaje) de fondos de origen público. Muchas fundaciones (todas las de cooperación y educación al desarrollo, por ejemplo) dependen de fondos públicos y, además, algunas cuentan con muy pocos recursos. Teniendo en cuenta el coste de una auditoría, creemos que debería fijarse un importe mínimo de fondos de origen público para imponer la obligatoriedad de la auditoría.
- Después, se añade el supuesto de *“que el precio del contrato o contratos a que se refiere el artículo 33 de esta Ley suponga más del 15% de los gastos totales del ejercicio”*. Creemos que esta referencia al artículo 33 se trata de un error, y que debería aclararse para su adecuada valoración.
- Asimismo, se deberán someter las cuentas a auditoría externa *“cuando a juicio del Protectorado se den circunstancias especiales. En este caso, el Protectorado emitirá una justificación donde conste el motivo de la misma, y nombrará al auditor de cuentas”*. No entendemos esta obligatoriedad, y consideramos que debería permitirse a la propia fundación decidir por sí misma o, en todo caso, debería aclararse qué se entiende por “circunstancias especiales”.
- También se obliga a auditoría en el supuesto de que de forma voluntaria, el Patronato, lo acuerde por mayoría simple. Creemos que debería preverse que la auditoría voluntaria no deba ser depositada obligatoriamente, pudiendo obedecer a otras razones. Por otro lado, no se debería hacer referencia al tipo de mayoría; estimamos más apropiado que esto sea regulado en los estatutos, de modo que si nada se dice, obviamente, será una mayoría de votos la que tome la decisión.

Por último, sugerimos completar el apartado 4 de este mismo artículo como sigue:

“4. Las fundaciones deberán presentar la auditoría externa junto con las cuentas anuales sólo en caso de que esta fuera obligatoria según lo dispuesto en esta ley, o si de ser voluntaria, así decidiera hacerlo. En el caso de que se cumplan los requisitos previstos en este artículo para la exención de la obligación de presentación de auditoría externa, deberán indicarlo en un certificado adjunto a dichas cuentas”.

Reiteramos, de todos modos, que se impone un exceso de control y exigencia sobre la auditoría obligatoria no justificado, sin comparación en otras normas.

Art. 35. Libros obligatorios

Se dice que *“las fundaciones deberán disponer de un libro de actas, que reunirá las actas de las reuniones del Patronato y de los demás órganos de la fundación. Estas actas estarán autenticadas en la forma que determinen los estatutos y, en su ausencia, por la firma del secretario y el visto bueno del Presidente”.*

Esta disposición debería ser más clara, explicitando si lo que se pretende con la expresión “estar autenticadas” es que las actas deberán estar firmadas.

Art. 36. Autocontratación

En primer lugar, se dispone que *“los miembros del Patronato o sus representantes no podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de una tercera persona, salvo autorización del Protectorado, en el plazo que reglamentariamente se establezca”.*

Creemos que en esta cuestión, no debería hacerse remisiones a reglamentos futuros, y que sería más apropiado que se disponga que el Patronato, según sus normas, deberá autorizar la contratación en el caso de que se trate de importes relevantes en las partidas de gastos.

A continuación, se dice en este artículo que dicha contratación deberá ser favorable al mejor logro de los fines fundacionales y realizarse en términos de mercado *“previo acuerdo motivado de la persona u órgano encargados de la contratación de la fundación”.* En nuestra opinión, esta cuestión debería recogerse con mayor claridad, explicando qué se persigue con ello.

Por último, se dispone que el expediente de autorización se resolverá por el Protectorado de Fundaciones de forma motivada y principalmente sobre la base de la ausencia de conflicto de intereses. Se entenderá resuelto por silencio positivo cuando haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud.

Este Consejo opina que en los casos en los que deba intervenir el Protectorado con carácter previo, se ha de garantizar la agilidad del plazo y, en este caso, tres meses en la vida económica de cualquier entidad resulta un plazo excesivo.

Art. 38. Fusión

El apartado 3 establece que *“la fusión requerirá la aprobación previa del Protectorado, que sólo podrá oponerse, mediante resolución motivada, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de notificación de la solicitud de autorización”*, en una serie de casos.

Sobre esta cuestión reiteramos lo expuesto en relación al artículo 36, y es que se trata de un plazo excesivo. Esta necesaria autorización por parte del Protectorado es nueva y si se considera esencial, debería realizarse de manera más ágil.

Art. 39. Escisión

Se dice que *“la escisión se ha de adoptar por acuerdo motivado del Patronato y requiere la aprobación del Protectorado”*.

Entendemos que no se trata de una autorización previa sino de una ratificación (lo mismo que para la disolución de la fundación, tal y como se establece en el art. 41.2) pero, si lo fuera, creemos que implicaría un excesivo control por parte del Protectorado. De nuevo se trata de una cuestión que debería ser recogida con mayor claridad.

Art. 42. Liquidación y extinción

Se dispone que la fundación cuenta con un plazo de tres años para su liquidación, y que trascurrido este, el Protectorado podrá solicitar la intervención de la autoridad judicial. Además, las operaciones de liquidación se formalizarán en escritura pública y el acuerdo será inscrito en el Registro de Fundaciones del País Vasco, previo informe del Protectorado. La comisión liquidadora o en su caso el Patronato deberá dirigirse al Registro de Fundaciones presentando el balance de liquidación aprobado y su ratificación por el Protectorado, entre otros documentos.

Reiteramos, de nuevo, que esta norma atribuye un excesivo protagonismo al Protectorado. En todo caso, entendemos que, a falta de previsión, este no tiene posibilidad de oponerse a los acuerdos de liquidación alcanzados.

Art. 43. Personas liquidadoras. Facultades.

El Anteproyecto dispone en este artículo que *“la comisión liquidadora deberá informar al Registro telemáticamente y con inmediatez de sus operaciones”*. Creemos que esta obligación adolece de cierta vaguedad y que debería recogerse con mayor claridad.

Art. 50. Funciones del Protectorado

Además de reiterar lo ya expuesto en las Consideraciones Generales acerca del papel atribuido al Protectorado, en relación a la función de “vigilancia de las fundaciones” que el apartado 6 de este artículo regula, queremos señalar que la atribución concreta de “velar por el cumplimiento de los fines de cada fundación” (punto 6.a) debería completarse como se indica:

“a) Velar por el cumplimiento de los fines de cada fundación, conforme a la voluntad expresada por la persona fundadora o recogida en sus estatutos”

Asimismo, a continuación se dice que el Protectorado *“informará y aprobará preceptivamente, previamente a su inscripción registral, en los proyectos de constitución y de modificación estatutaria de los fines fundacionales en los términos regulados por esta ley, así como en los de fusión, escisión, transformación y extinción”*. Opinamos que si esto ha de ser así, debería fijarse un plazo para tales facultades, que además deberían constar motivadamente en su informe.

En cuanto a la función de inspección de las fundaciones que se regula en el apartado 7, nos preguntamos si se creará un cuerpo de inspectores y si se promulgará una normativa de procedimiento específica, cuestiones la norma no aclara.

Art. 51. Intervención del Protectorado y verificación de actividades

Se dispone que el Protectorado, ante un listado de irregularidades, incoará un expediente de verificación de actividades, que *“se llevará a cabo mediante el procedimiento establecido en el Reglamento de desarrollo de la Ley”*. Huelga decir que esto no se pondrá en marcha hasta contar con el reglamento que lo regule, en aras a la seguridad jurídica, pero quizá debería constar más claramente.

Continúa el apartado 2 de este artículo diciendo que el expediente concluirá mediante resolución del Protectorado, procediendo al archivo por falta de acreditación de los supuestos o por la efectiva adopción de medidas correctoras o, por el contrario, con una resolución que determine que han quedado probados los supuestos y acordando incluir a la fundación en cuestión en el siguiente Plan Anual de Inspección.

Creemos que sería más correcto que este artículo disponga “pudiendo acordar” la inclusión en el citado plan de inspección, puesto que no es preciso tal rigor en el texto.

Art. 52. Intervención del Protectorado ante irregularidades graves de las fundaciones

El apartado 3 dispone que *“el Protectorado podrá intervenir sin necesidad de comunicación en casos especialmente graves, suspendiendo y asumiendo las facultades del Patronato, poniendo de forma inmediata en conocimiento del Juez la decisión adoptada...”*

Resulta fundamental saber qué se entiende por “casos especialmente graves” y, además, consideramos que la expresión “sin necesidad de comunicación” debería sustituirse por “previa comunicación”.

Art. 53. Autorizaciones del Protectorado. Silencio administrativo

Se dispone que las autorizaciones del Protectorado se entenderán desestimadas una vez transcurridos tres meses sin que hubiera recaído resolución expresa.

En nuestra opinión, en aras de la transparencia, eficacia y agilidad de las administraciones públicas, el plazo señalado (ya muy amplio) debería dar lugar a la estimación de las solicitudes recibidas, es decir, al silencio positivo.

Art. 57. Funciones del Registro

Entre las funciones del Registro está la de la *“recepción del depósito de las cuentas anuales y del certificado que acredite su aprobación por el Patronato, limitándose la calificación a comprobar que los documentos presentados son los exigidos por la ley. Se hará constar el sentido del voto de los patronos o patronas salvo imposibilidad, por no haber dispuesto los patronos o patronas con la antelación regulada estatutariamente, de la información necesaria para ello, identificándose los patronos o patronas que se abstengan o voten en contra, en su caso”*.

Valoramos positivamente que el acuerdo consigne la motivación del voto en contra, si es que el patrono ha decidido motivarlo. No obstante, apreciamos un exceso de detalle en este artículo, al que no vemos justificación.

Arts. 60 y 61. El Consejo Vasco de Fundaciones

Se crea el Consejo Vasco de Fundaciones, órgano colegiado con carácter consultivo y de asesoramiento de la Administración Pública, así como de difusión, en el ámbito vasco de fundaciones, con las siguientes funciones:

- a) Asesoramiento e información sobre normativa
- b) Elevación de propuestas a las Administraciones Públicas
- c) Promoción y fomento de las fundaciones
- d) Las demás que le atribuyan las disposiciones vigentes

Como ya hemos señalado en otros dictámenes, no creemos conveniente la proliferación de órganos administrativos consultivos, puesto que generan un coste y a menudo son de muy difícil justificación cuando ya existen asociaciones con capacidad de interlocución colectiva.

Art. 63. Régimen jurídico de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi

Reiterando lo expuesto en las Consideraciones generales en relación al personal de las fundaciones del sector público, recomendamos completar el apartado primero de este artículo con el siguiente texto:

“La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

Asimismo, su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

Art. 64. Obligaciones de las fundaciones del sector público

Observamos que en los dos párrafos de este artículo se repite la misma previsión, sin añadir nada nuevo. Quizá proceda rehacer el artículo unificando su texto en uno único.

Por otra parte, cuando se dice, en el apartado 2, que estas fundaciones “*deberán garantizar que las contrataciones que realizan se ajustan a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato*”, creemos que sería mejor señalar que estas contrataciones deben ajustarse a la normativa de contratos del sector público².

2. Si tenemos en cuenta el Texto Refundido de la LCSP, además de dichos principios, las fundaciones del sector público deberán respetar la normativa sobre contratación que les es aplicable. Estos son algunos ejemplos:-En los contratos sujetos a regulación armonizada, existe una garantía reforzada de publicidad y de la igualdad y concurrencia en la adjudicación de los contratos.-Todos los contratos a los que se aplica el Texto Refundido de la LCSP están sometidos a una serie de principios (necesidad e idoneidad del contrato art. 22; libertad de pactos art. 25, igualdad y transparencia art. 139; confidencialidad 140. Además se deberá garantizar que los contratos se adjudiquen a la oferta económicamente más ventajosa (190 y 191).-El recurso administrativo especial en materia de contratación se aplica en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada... (arts. 40 a 49).

Art. 65. Las Fundaciones Bancarias

Esta tipología de Fundaciones tiene su origen en la Ley Estatal 26/2013, de 27 de Diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias y están sujetas por su consideración de legislación básica a los preceptos previstos en la misma. En su artículo 33, se establece que *“las Fundaciones Bancarias quedarán sujetas al régimen jurídico previsto en esta ley y, con carácter supletorio, bien a la ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones, bien a la normativa autonómica que resulte de aplicación”*.

En este sentido en la Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones, se introdujo una Disposición Adicional octava referida a esta clase de Fundaciones: *“Las Fundaciones Bancarias se regirán por lo dispuesto en la Ley 26/2013 de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias”*.

Asimismo, en el borrador del anteproyecto de Ley de Fundaciones que se ha sometido a audiencia pública por el Ministerio de Justicia se excluyen expresamente en su Disposición Adicional novena, remitiéndose a la ley 26/2013 antes citada.

Por otra parte, el Departamento de Hacienda y Finanzas del Gobierno Vasco, conforme a sus competencias, ha iniciado recientemente el proceso de consulta del anteproyecto de Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias de la Comunidad Autónoma de Euskadi que, en su artículo 68, señala:

“1.- Las fundaciones bancarias que desarrollen sus funciones principalmente en el País Vasco quedarán sujetas al régimen jurídico previsto en esta ley, en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, y, con carácter supletorio, a la normativa sobre fundaciones aplicable en el País Vasco.

2.- Las fundaciones procedentes de la transformación de fundaciones bancarias en que se hayan transformado las cajas de ahorros con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Euskadi quedarán sujetas al régimen jurídico previsto en esta ley para las fundaciones bancarias y, con carácter supletorio, a la normativa sobre fundaciones aplicable en el País Vasco.”

Igualmente, en la Disposición Final Primera de ese anteproyecto de Ley se introduce una modificación de la legislación vigente de Fundaciones del País Vasco (Ley 12/1994) en su artículo 2, de ámbito de aplicación, con un nuevo apartado que dice: *“Las fundaciones bancarias que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma de Euskadi y las fundaciones procedentes de la transformación de fundaciones bancarias en que se hayan transformado las cajas de ahorros con domicilio social en dicho ámbito territorial se regirán por lo establecido en la Ley .../2014, de ... de, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias de la Comunidad Autónoma de Euskadi.”*

Por todo ello, se propone, por razones de oportunidad y seguridad jurídica, **que se suprima el artículo 65** en el anteproyecto de Ley objeto de este Dictamen y que **se le añada una Disposición Adicional** con el siguiente texto:

“Disposición Adicional

Las Fundaciones Bancarias se regirán por lo dispuesto en la legislación vigente de la Comunidad Autónoma de Euskadi y en su defecto, por la Ley 26/2013 de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias y, con carácter supletorio, quedarán sujetas a la normativa sobre fundaciones aplicable en el País Vasco.”

V.- CONCLUSIONES

El CES Vasco considera adecuada la tramitación del “*Anteproyecto de Ley de Fundaciones del País Vasco*”, con las consideraciones que este órgano consultivo ha efectuado.

En Bilbao, a 25 de febrero de 2015

Vº Bº El Presidente

Francisco José Huidobro Burgos

La Secretaria General

Emilia Málaga Pérez