

# LA FUNDACION: SOMERO ANALISIS DE LA LEY 12/1994 DEL PARLAMENTO VASCO

José Manuel Fernández Hierro

*Sumario:* 1. Precedentes. 2. La nueva ley: bases. 3. Constitución. 4. Elementos. 4.1. Fin. 4.2. Patrimonio. 4.3. Funcionamiento. 4.4. Organos. 5. Conclusiones.

## 1. Precedentes

La fundación según Rico Pérez<sup>1</sup> se puede definir como aquel patrimonio autónomo que, organizado y destinado por el fundador, a la consecución de un fin general permanente y lícito, es administrado sin ánimo de lucro, en forma de empresa por las personas a quienes corresponda su gobierno, conforme a las prescripciones de los estatutos y que, constituida regularmente, gozará de personalidad jurídica.

La fundación que el Derecho Romano no conoció, y que tiene su antecedente y origen en la Edad Media, a través fundamentalmente del Derecho Canónico, se han caracterizado dentro de nuestro ordenamiento jurídico por una pobreza normativa, al menos en cuanto a su regulación genérica, ya que no ha existido durante muchos años, además del contenido del artículo 34 de la Constitución y del artículo 35 del Código Civil, una normativa dispersa fundamentalmente de orden administrativo y dedicada a diferente tipo de fundaciones.

El ámbito anglosajón es aquel en que por distintas circunstancias han florecido más las fundaciones, en algunos casos de una importancia sorprendente, creadas habitualmente por grandes magnates a las que legaban sus fortunas o parte de las mismas, prodigándose durante el presente siglo en Inglaterra y Estados Unidos y creándose en Inglaterra una legislación que las trataba de proteger y favorecer<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Las fundaciones en la Constitución española*, Toledo, 1982, pp. 54 y ss.

<sup>2</sup> Rowntree Trust Act de 1904 y Leverhulme Trust Fund Act de 1925.

El derecho español hasta la publicación de las leyes de 1994 —y salvo el contenido de alguna ley autonómica— era un sistema formado por la concurrencia de normas muy distintas, la mayoría de ellas administrativas, de la que puede ser significativa la Ley de Beneficiencia de 1849 y formado por un conjunto de normas civiles y administrativas, las cuales se atribuía la administración de la fundación mediante la intervención de distintos departamentos ministeriales.

Como ejemplo puede ponerse el antiguo Reglamento de Fundaciones Culturales que encomienda el protectorado de estas instituciones al Ministerio de Educación y Ciencia.

Se había dicho del derecho anterior a las leyes de 1994, que era un derecho intervenido dentro de un sistema dual de tutela<sup>3</sup> sometido a la doble tutela de los patronos —o del fundador— y de la Administración Pública y que, además, se caracterizaba por una variedad de supuestos y de regulaciones, señalándose, por ejemplo, que la inscripción administrativa en el registro de fundaciones culturales era constitutiva para las fundaciones de este tipo, mientras que no lo era para fundaciones de otro carácter o entidad.

Pero las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1915 y 20 de abril de 1920 establecían que ningún artículo del Código exige para la existencia de una fundación la aprobación del Estado, por lo que tienen personalidad jurídica aún antes de ser reconocidas.

En el derecho preconstitucional se entendía que era característico de la fundación el tener su origen en un acto de constitución otorgado por una persona de derecho privado y que nunca las entidades de derecho público podrían constituir fundaciones<sup>4</sup>.

También se mantiene que la fundación ha de tener interés público, no pudiendo constituirse para fines meramente particulares<sup>5</sup>.

A la legislación ordinaria española en materia de fundaciones privadas de interés público se le ha calificado de «fragmentaria, incompleta, vetusta, confusa, y contradictoria en ocasiones»<sup>6</sup>.

En cualquier caso la regulación preconstitucional no solamente era dispersa, sino también escasa, por lo menos dentro del ordenamiento jurídico civil, e incluso cabría decir que se trata de una figura jurídica

---

<sup>3</sup> MERINO MARCHÁN, José F., «Comentario al artículo 34 de la Constitución» en *Constitución Española de 1978*, tomo III, p. 451.

<sup>4</sup> ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL, «Comentario al artículo 35 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albadalejo, tomo I, pp. 838 y ss.

<sup>5</sup> COSSÍO, obra y lugar citado.

<sup>6</sup> MERINO MARCHÁN, obra citada, p. 454.

bastante olvidada por la doctrina y que también ha provocado escasas decisiones jurisprudenciales.

Por todo ello se ha visto en el precepto constitucional la posibilidad de actualizar la regulación sobre fundaciones.

## 2. La nueva ley: bases

El 24 de noviembre de 1994 se promulgó la nueva Ley estatal de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

Posteriormente se ha promulgado por el Parlamento Vasco de 17 de junio de 1994 la Ley n.º 12/1994 que se destina a las fundaciones que desarrollen sus funciones fundamentalmente en el País Vasco, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley. Dicha Ley tiene una evidente inspiración en la correspondiente estatal, hasta el punto de que podría entrar dentro del grupo de leyes de Comunidades Autónomas a las que el Tribunal Constitucional ha mirado con recelo por los riesgos que conllevan la reproducción en su ordenamiento de leyes estatales<sup>7</sup> (aunque es de resaltar que varias de las leyes autonómicas son anteriores a la estatal).

Es más cabría preguntarse que si todas las comunidades autónomas dictan luego leyes de fundaciones ¿cuál es la misión de la precedente Ley estatal? En cualquier caso a dicha Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco van dirigidos estos comentarios.

La nueva ley se basa en la competencia que la Comunidad Autónoma Vasca tiene asumida en materia de fundaciones, en virtud del artículo 10 del Estatuto de Autonomía; y, como queda dicho está destinada a las fundaciones que tengan sus funciones fundamentalmente en el País Vasco, debiendo estar a tales efectos a lo que dispongan los Estatutos o Carta Fundacional, según el artículo 2 de la Ley: en efecto, para que la fundación esté sujeta a la Ley comentada debe tener su domicilio en la Comunidad Autónoma del País Vasco (artículo 7.1.c)).

El artículo 2 hace referencia a los apartados c) y d) del artículo 7.1. los cuales determinan que el domicilio debe encontrarse dentro del País Vasco (apartado c)) y que el órgano de la fundación queda facultado para la determinación de la sede de sus establecimientos o delegaciones, si las hubiere (apartado d).

---

<sup>7</sup> STC 40/81, 26/82 y 162/96.

Tal remisión del artículo 2 al artículo 7 no es del todo clara, porque significa que una fundación que mantenga su domicilio en el País Vasco aunque tuviera una serie de sucursales importantes fuera del mismo sigue rigiéndose por la Ley comentada; parece que, atendiendo a la competencia territorial de la propia Comunidad Autónoma así como al sentido del artículo 2 lo que debe primar no es el hecho sólo de la domiciliación de la fundación, sino que ésta realice la mayoría de sus actividades o sus actividades más trascendentes dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma: lo que sucede es que la determinación de cuáles sean las actividades más importantes y trascendentes puede ser una materia conflictiva y no exenta de dificultades.

La Ley comentada, como la estatal del mismo año, cambia el tradicional sistema de inexistencia de normativa de la fundación por otra que aún basándose en la libertad del fundador, paradójicamente regulan y determinan de manera mucho más detallada las características de la fundación, los requisitos que deben de reunir y la forma de su constitución.

Señala Del Campo Arbulo<sup>8</sup> cómo han caído en saco roto las unánimes exhortaciones de la doctrina jurídica en pro del principio de la voluntad del testador, y tal observación que el referido autor hace referente a la Ley estatal es aplicable, *mutatis mutandis*, a la Ley promulgada por la Comunidad Autónoma del País Vasco.

De la ley estatal se ha dicho que es claramente intervencionista aplicando un concepto socialdemócrata que hoy en día van abandonando la mayoría de las legislaciones europeas<sup>9</sup>.

De tal tendencia legislativa hay también más muestras dentro del derecho europeo: concretamente de acuerdo con el artículo 18 de la Ley francesa de 23 de julio de 1987<sup>10</sup> la fundación adquiere su capacidad jurídica desde la entrada en vigor del Decreto del Consejo de Estado acordando el reconocimiento de utilidad pública, que, a su vez, puede también retirarla.

Es de resaltar que la Ley vasca es una de las pocas que no contiene una definición de fundación, al revés que la Ley estatal y otras promulgadas por otras comunidades autónomas<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> *Ley de fundaciones*, Madrid, 1996, p. 58.

<sup>9</sup> DE PRADA GONZÁLEZ, José María, «La constitución de las fundaciones» en *Las fundaciones, desarrollo reglamentario de la ley*, Madrid, 1997, p. 55.

<sup>10</sup> Ley 87-571. También art. 20 de la Ley francesa 20-559 de 4 de julio de 1990.

<sup>11</sup> Por ejemplo el artículo 2.1 de la Ley 1/82 de 3 de marzo sobre fundaciones aprobada por el Parlamento Catalán señala:

«Las Fundaciones privadas, constituidas de acuerdo con esta Ley, son personas jurídicas con plena capacidad jurídica y de obrar para cumplir sus finalidades, con las limitaciones que les impongan la misma Ley o sus Estatutos».

Sí se señala que las fundaciones deben perseguir fines lícitos y de interés general (recogiendo la opinión que ha sido unánime en nuestra doctrina jurídica y que también han reconocido otras normativas en derecho comparado como el artículo 1.º del Decreto francés de 13 de junio de 1966) y beneficiar a personas no individualmente determinadas (artículo 3), adoptando una fórmula más acertada que la del legislador estatal, que, en su artículo 2, sigue un criterio enumerativo como si no hubiera sabido encontrar un enunciado de tipo general.

Señalaba Tomás y Valiente<sup>12</sup> cómo lo contrario del interés particular no es lo público, sino lo general y por tanto la admisión por el artículo 35 de la Constitución de la cláusula de interés general, ampliaba considerablemente el horizonte del Código Civil, sobre esta materia.

Del Campo Arbulo<sup>13</sup> se pregunta cuál será la dimensión mínima de un colectivo para que pueda reputársele de indeterminado, contestándose que la Ley sólo exige que los beneficios de la fundación se otorgue a colectividades genéricas de personas, sin señalar la cifra mínima de individuos que es susceptible de integrar este colectivo y que, por tanto, puede oscilar entre el cero y el infinito; poniendo el ejemplo del premio a un trabajo científico en materia del tratamiento de SIDA que sólo puede entregarse a una persona, aunque sea inicialmente indeterminada.

En lo que sí sigue la Ley Autónoma a la estatal es en prohibir que se constituyan fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive (artículo 3.2 de la Ley y artículo 2.3 de la Ley estatal).

### 3. Constitución

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley, toda persona física o jurídica puede constituir fundaciones; pudiéndose constituir la fundación por actos *inter vivos* o *mortis causa* y debiéndose formalizar en ambos casos por escritura pública (artículo 4 de la Ley).

Pero la personalidad jurídica no se otorga por el acto del fundador ni siquiera por el otorgamiento de la escritura pública, sino solamente

---

Y el artículo 18 de la Ley francesa 87-571 señala:

“La fondation est l’acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l’affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d’une oeuvre d’intérêt général et à but non lucratif».

<sup>12</sup> «La Constitución española y el derecho de Fundaciones» en *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas*, Bilbao, 1994.

<sup>13</sup> Obra citada, p. 68.

por la inscripción en el Registro de Fundaciones (artículo 5.2 Ley), con lo cual podemos ver en la fundación de la fundación tres fases:

- a) El acto *inter vivos* o *mortis causa* del fundador.
- b) El otorgamiento de la escritura pública que, en el supuesto de actos *mortis causa*, es lógicamente otorgada por el comisario foral o el albacea testamentario o, en su caso, por los herederos o las personas a quienes corresponde la ejecución del testamento, y
- c) La inscripción en el registro de fundaciones.

Requisitos que, por otra parte, son paralelos a los que señalan los artículos 6 y 7 de la Ley estatal de 25 de noviembre de 1994, la cual como señala De Prada<sup>14</sup> acaba con la interpretación doctrinal y jurisprudencial de que las fundaciones existían desde que se expresaba la voluntad de constituir las.

En definitiva se exige, con ambas leyes, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de una forma general, no sólo el acto fundacional sino la escritura pública y la inscripción en el registro específico creado al efecto.

Cabe plantearse si tales requisitos pueden lesionar el contenido del artículo 34 de la Constitución: pero el interrogante debe merecer una respuesta negativa, no sólo por el condicionante del artículo 34.1 del reconocimiento del derecho de fundación «con arreglo a la Ley», sino, también, porque el establecimiento de una escritura pública y la inscripción en un registro específico no parece que viole ni que haga imposible el derecho constitucional de fundación. Ahora bien, lo que sí habrá que entender es que los requisitos son limitativos y que no se puede denegar sin motivo justificado la inscripción de una fundación en el registro que sí podría suponer la violación del derecho constitucional contemplado en el artículo 34 de la Constitución Española.

En cuanto al acto fundacional que fuera *mortis causa*, la forma que lo contenga, deberá ser la apta para producir tales efectos como acto de última voluntad con arreglo a la Ley de Derecho Foral del País Vasco y al Código Civil.

El artículo 5.1.2.º de la Ley señala:

«En el acto fundacional *mortis causa* el fundador podrá otorgar por sí mismo la escritura pública o designar a las personas que hubieren de otorgarla. En caso de que el fundador se hubiese limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y disponer de los bienes de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta ley se otorgará por el comisario foral o por el albacea

---

<sup>14</sup> Obra citada, p. 81.

testamentario, o, en su defecto, por los herederos o las personas a quienes en derecho corresponda la ejecución del testamento u otra disposición *mortis causa*, según la legislación civil aplicable».

Lógicamente la referencia efectuada es cuando el fundador no efectúe por sí mismo el otorgamiento de escritura pública, sino solamente el acto *mortis causa* que dé origen, más adelante, al otorgamiento de la correspondiente escritura.

Los requisitos que debe de contener la escritura de constitución de acuerdo con el artículo 6 de la Ley (similar al 8 de la Ley estatal) son:

«a) Las circunstancias que acrediten la personalidad de los fundadores, sean personas físicas o jurídicas, y determinen su capacidad para constituir una fundación, con mención específica de su nacionalidad, domicilio, vecindad civil y, en su caso, régimen económico matrimonial.

b) La voluntad de constituir una fundación con sujeción a las disposiciones de esta ley.

c) La aportación patrimonial inicial de la fundación, con descripción y naturaleza de los bienes y derechos que la integran, su titularidad, sus cargas y el título de aportación, y demás elementos exigidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.

d) Los Estatutos fundacionales, que deberán contener los extremos señalados en el artículo 7.1.

e) La identificación de las personas que integren el órgano de gobierno y, en su caso, la aceptación del cargo si se realiza en el acto fundacional.

f) El fundador o fundadores podrán dar a la escritura pública el carácter de carta fundacional, con el fin de que puedan adherirse otras personas con el carácter de fundadores. En tal caso, se fijará el plazo durante el cual haya de formularse tal adhesión».

Hay que resaltar el trascendental requisito de la aportación patrimonial que es el que en definitiva da origen a la fundación y sobre el que volveré más adelante.

¿Qué sucede si no se reúnen tales requisitos? Poniendo en consonancia el artículo 6 con el 5.3 que señala la falta de inscripción si no se reúnen tales requisitos, habría que mantener que deberán subsanarse en el plazo que para ello se le otorgue a las personas encargadas de la inscripción de la fundación, lo cual debería hacerse, una vez cumplidos los requisitos previos en su caso, mediante el otorgamiento de una escritura complementaria y la solicitud de su inscripción definitiva en el Registro de Fundaciones.

Evidentemente la denegación de la inscripción no puede ser inmotivada, no sólo porque así lo recoge la Ley, sino porque, como queda di-

cho, tal denegación inmotivada violaría el contenido del derecho constitucional de fundación.

Los fundadores pueden ser no sólo las personas físicas, sino también las jurídicas e incluso las públicas, y las públicas pueden ser solas o con la participación de otras entidades o particulares, contra lo que ha sido tradicional dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

#### 4. Elementos

Los elementos que tradicionalmente se han entendido que componen una fundación son, por una parte, un fin, por otra, un patrimonio y, finalmente, una personalidad jurídica con un órgano de actuación.

##### 4.1. *Fin*

Como ha quedado expuesto, los fines de la fundación pueden ser cualquiera, siempre que sean lícitos y de interés general; no pudiendo tampoco beneficiar a personas individualmente determinadas ni tampoco a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive (artículo 3).

En cuanto a la licitud de los fines habrá que estar a lo que señala el Código Civil y el resto de la legislación, debiéndose presumir en cualquier caso la licitud de los mismos.

Respecto a los fundadores se ha señalado que cualquier persona física o jurídica, privada o pública, puede constituir fundaciones, tanto por actos *inter vivos* como por actos *mortis causa*.

##### 4.2. *Patrimonio*

¿Qué sucede con el patrimonio? En el artículo 9 se prevén una serie de normas:

- a) Que puede ser de bienes o derechos de cualquier tipo.
- b) Que debe constar en la escritura fundacional.
- c) Que la dotación puede ser en forma de acto único o sucesiva.
- d) Que en el supuesto de aportación sucesiva el plazo para completar la aportación inicial como máximo será de cinco años desde la fecha de la escritura de constitución y la aportación mínima del 30% ampliable excepcionalmente cuando se trate de aportación de derechos.

La naturaleza de la aportación es señalada por la Ley estatal, según indica Del Campo Arbulo, siguiendo a Gomeza Ozamiz<sup>15</sup>, de manera analógica a las participaciones en una sociedad mercantil, lo cual no parece que sea el tratamiento más adecuado para una fundación; y tal observación también es aplicable a la Ley vasca comentada.

Por la Ley se señala que debe ser la aportación adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, pero lo que no se indica es que es lo que se entiende por adecuado y suficiente y, por supuesto, no se prevé ninguna fórmula de adecuación sucesiva del capital a los fines de la misma, lo cual ciertamente es complejo pero que suele ser el problema real de muchas fundaciones cuyos medios son adecuados para el fin inicial, pero que luego, por la desrealización de éstos, la inflación o diversas causas se quedan cortos y desfasados.

De los actos de disposición o gravamen sobre los bienes o derechos que forman parte del patrimonio o que están directamente adscritos a sus fines debe darse cuenta inmediata al protectorado según el artículo 22-1 de la Ley, y también inscribirse en el Registro de Fundaciones. La Ley no indica qué sucede si el Protectorado, a posteriori, no aprueba la actuación de los órganos de la fundación; pero como la Ley nada dice de posibles nulidades aunque sí de una hipotética acción de responsabilidad, habrá que concluir que no cabe la nulidad (por este solo hecho y sin perjuicio de que la nulidad pueda devenir de las causas genéricas contenidas en el ordenamiento civil) y sí solamente la petición de responsabilidad a los órganos de la fundación.

#### 4.3. *Funcionamiento*

En cuanto al funcionamiento la Ley prevé como inexcusable (lo que en el derecho anterior no lo era) la existencia de unos estatutos y la inclusión en ellos de una serie de extremos que recoge el artículo 7.1 y que son:

- «a) La denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra “fundación” o “fundazioa” o “iraskundea”, que no podrá coincidir con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones.
- b) Los fines fundacionales.
- c) El domicilio de la fundación, que deberá radicar en la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- d) El órgano de la fundación facultado para la determinación de las sedes de sus establecimientos o delegaciones, si las hubiere.

---

<sup>15</sup> Obra citada, p. 145.

- e) El ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades.
- f) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.
- g) El órgano de gobierno y representación con expresión de su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.
- h) La regulación del régimen jurídico de los colaboradores de la fundación, si los hubiere, así como su participación en los órganos de gobierno de la misma».

El artículo 7 en cuanto se refiere al contenido de los estatutos es paralelo —aun cuando no igual— al artículo 9 de la Ley estatal, añadiendo únicamente la indicación de que los estatutos pueden contener la regulación del régimen jurídico de los colaboradores de la fundación, si los hubiere, así como su participación en los órganos del gobierno de la misma (artículo 7.1.h)).

Hay que entender que la falta de cumplimiento de tales requisitos como la falta de cumplimiento de los que para la escritura de constitución señala el artículo 6 no da origen a la nulidad de los mismos, sino a que sean requeridos los fundadores para la cumplimentación a posteriori: si bien en esta hipótesis tal cumplimentación sería más compleja ya que requeriría primero la subsanación de los estatutos, el otorgamiento de escritura complementaria y la inscripción de los mismos en el Registro de Fundaciones.

Además, de acuerdo con el artículo 7.3 la manifestación de la voluntad del fundador señalada en los estatutos que sea contraria a la presente Ley pero no afecte a la validez constitutiva de aquélla, se tendrá por no puesta cuando haya transcurrido el plazo para subsanarlo sin llevarse a efecto; con lo cual si no se ha subsanado la falta o defecto en el plazo concedido al efecto puede haber una doble consecuencia:

- a) Si la manifestación de la voluntad del fundador afecta a la validez constitutiva de la fundación se produciría la nulidad de la misma.
- b) En caso contrario, esto es, si tal manifestación no afecta a la validez de la fundación se tendría por no puesta.

Notemos además que tal manifestación legal hace referencia a la voluntad del fundador, que fuera contraria a la presente ley y no sólo a los requisitos que señala el artículo 7 en cuanto a los estatutos y el 6 respecto de la escritura de constitución; porque bien pudiera dar el caso

de que cumpliéndose los requisitos de los artículos 6 y 7, hubiera alguna manifestación de voluntad contraria al contenido de la Ley.

¿Cuándo debe entenderse que afecta a la validez constitutiva de la fundación? La Ley nada dice al respecto y habría que entender que es cuando tal manifestación está en contraposición a los fines básicos de la Ley, para lo que habría que efectuar la exégesis de la cláusula de que se trate y su adecuación o no a las normas de orden público contenidas en la Ley que, de la propia manifestación legal contenida en el artículo 7.3, se deduce que no son todas.

Es más la calificación del registro de asociaciones que deberá ser fundada, deberá tenerse en cuenta por los fundadores o por los comisarios forales o albaceas encargados al efecto por el testador, indicando expresamente el artículo 7.3.2.º que:

«En el supuesto de constitución *mortis causa* el fundador podrá otorgar al comisario foral o a los albaceas facultades para ponderar, siempre de conformidad con el espíritu fundacional, las consecuencias de la calificación registral».

Es de resaltar también el paralelo de los requisitos en cuanto a constitución y en cuanto a estatutos de la Ley vasca de fundaciones con la Ley estatal en sus artículos 8 y 9 y concretamente la manifestación de invalidez relativa en el supuesto de contradicción de los estatutos con la Ley, con el contenido del artículo 9.2 de la Ley estatal<sup>16</sup>.

#### 4.4. *Organos*

De acuerdo con la nueva Ley —al igual que sucede con la estatal— que sigue en este punto la línea tradicional, puede señalarse la existencia de un patronato constituido por el órgano de dirección y, además, una supervisión administrativa; si bien la Ley aprobada por el Parlamento Vasco elude, al revés de la estatal, la tradicional terminología de patronato y patronos.

La Ley marca un sistema de gestión, control y funcionamiento doble: por un lado está el órgano designado por el fundador que es el órgano rector y por otro el patronato u organismo administrativo.

El órgano de gobierno de la fundación deberá ser colegiado a no ser que el fundador señale otra cosa, estando compuesto de tres per-

---

<sup>16</sup> Obsérvese también los requisitos que el Registro de Fundaciones de Navarra debe exigir con arreglo al Decreto Foral de 11 de noviembre de 1996, n.º 613/96.

sonas como mínimo y dirigiendo su seno un presidente (artículo 10.3) y pudiendo entrar dentro del órgano de la fundación las personas jurídicas siendo lógicamente representadas por una persona física.

La Ley vasca no contiene, adecuadamente en mi opinión, la prohibición del artículo 13 de la Ley estatal de que los patronos deben ejercer su cargo gratuitamente, mandamiento que puede no compaginarse ni con la voluntad del fundador ni con las tareas de dirección de una fundación compleja; señalando, eso sí, las obligaciones de administrar correctamente los bienes y derechos y servir al cargo con la diligencia de un representante legal (artículo 13).

En la Ley no se indica nada sobre la sustitución de los miembros de la fundación, dejándolo al arbitrio de los estatutos que sí deben contener la determinación de la forma de sustitución (artículo 7 g)). Y este es uno de los problemas claves que, de hecho, en el funcionamiento de las fundaciones ha tenido difícil solución: no olvidemos que en las fundaciones no hay una junta general de socios ni de asociados y que por lo tanto habitualmente, al menos antes de las leyes de 1992 no se preveía en los estatutos un órgano superior al patronato que fuera ante el cual éste rindiera cuentas, y, que además, tuviera capacidad para sustituirlo.

El buscar una solución a este problema no es, ciertamente, nada fácil, pero la nueva Ley no señala incluso qué sucede si la regulación de los estatutos sobre este particular es insuficiente, con lo cual se produce una laguna importante, lo mismo que sucede con la homónima estatal. Como ejemplo el Decreto 160/82 por el que se aprueba la instrucción para la organización y funcionamiento para el protectorado de la Generalitat sobre las Fundaciones privadas de Cataluña señala la competencia de la Unitat de Registre para la tramitación de los expedientes para suplir a los fundadores, y a sus representantes y al patronato, y se asimila a la falta total del patronato su prolongada inactividad (artículo 27).

Ciertamente se prevé una actuación del protectorado, realizando la gestión provisional de la fundación, de acuerdo con el artículo 38, pero tal gestión sería en las hipótesis de grave irregularidad económica, y no de abandono de los miembros del protectorado o de inexistencia de este órgano.

Los mecanismos para efectuar tal sustitución eran, la mayoría de las veces insuficientes; y, la Ley comentada, como la correspondiente estatal (en su artículo 16 del que es casi copia el correlativo de la Ley vasca), no resuelve el problema. Así señala como causa suficiente para el cese de los patronos de una fundación el transcurso del tiempo de su

mandato (apartado f) de ambas leyes) si fuera nombrado por tiempo determinado; pero no se indica, dejándolo solamente al arbitrio de los estatutos, quien designará a los nuevos patronos; siendo notable que una Ley claramente intervencionista deje al total arbitrio de los estatutos un extremo tan transcendental para el funcionamiento de la fundación como éste.

Se señala la posibilidad de renuncia (apartado h) de la Ley y g) de la estatal) pero tampoco se dice en tal hipótesis quién lo sustituirá y de que forma se designará a los sustitutos.

Se prevé la posibilidad de una acción de responsabilidad en paralelo a las acciones que contiene las leyes de sociedades anónimas y sociedades limitadas, pero tales acciones se reservan exclusivamente al protectorado del órgano administrativo (artículo 15 en relación al 36) y no a los miembros de la fundación.

El protectorado es precisamente una pieza clave de la fundación, siendo el órgano administrativo, de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones (artículo 36) y que corresponde a la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco a través del Departamento de Justicia (artículo 36.3); precisamente uno de los reproches que puede efectuarse a la Ley —también en total consonancia con la estatal— es la estricta fiscalización por parte de la administración de las actuaciones de la fundación, ya que el órgano de gobierno, según el artículo 26 deberá elaborar anualmente, además de un presupuesto de ingresos y gastos, el inventario, balance de situación y la cuenta de resultados en los que se reflejará la situación patrimonial, económica y financiera de la fundación, y una memoria de las actividades realizadas durante el ejercicio económico en las cuales deberá comprenderse el cuadro de financiación y cualquier alteración patrimonial e incluso de su órgano de gobierno o de dirección (artículo 26.1) y además liquidación del presupuesto de gastos e ingresos del ejercicio anterior (artículo 27 c)) . Todos los documentos mencionados deberán ser depositados en el registro de fundaciones (art. 27.2) además de la Auditoría de cuentas externas cuando se trate de fundaciones de relevancia económica (art. 28.2).

Como queda señalado es necesaria la comunicación al protectorado, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley:

- a) De los actos de disposición o gravamen sobre los bienes o derechos que formen parte de la dotación patrimonial.
- b) De los actos de disposición o gravamen sobre los bienes o derechos que están adscritos al cumplimiento de los fines de la fundación.

- c) Sobre los actos de disposición o gravamen que, aun sin estar adscritos a los fines de la fundación sean superiores al 20% del activo de ésta, y
- d) Para someter a arbitraje o transacción cualesquiera de los bienes antes indicados.

La aportación de tal cúmulo de documentación hace, sin más, inviabilidades las pequeñas fundaciones; quedando al intérprete la duda de si van a valer para algo positivo o van a archivarse en una oficina burocrática.

La posibilidad de modificación de los estatutos de la fundación se admite por el artículo 31 pudiéndolo hacer el órgano de gobierno de la misma, siempre que se respete el fin fundacional y no exista prohibición del fundador, recogiendo el artículo 33 las causas de extinción de la fundación y siendo la liquidación efectuada por el órgano de gobierno de la misma bajo el control del patronato (artículo 35).

## 5. Conclusiones

Esta breve visión de la nueva legislación nos da un panorama de luces y sombras de la misma:

- 1.º En el aspecto positivo cabe señalar la unificación de la normativa de la fundación que estaba dispersa antes de la ley comentada y de la homóloga estatal.  
También cabe señalar como aspecto positivo, la posibilidad de modificación ulterior de la fundación.  
También es remarcable la posibilidad de que el acto de dotación se haga de manera más elástica, al poderse efectuar de forma sucesiva e integrada por la aportación de cualquier clase de bienes y derechos.
- 2.º En cambio en la parte negativa de la nueva legislación habría que apuntar:
  - a) El no haber regulado la forma de sustitución del órgano de dirección que suele ser el escollo con que, a lo largo de su vida, han tropezado muchas fundaciones.
  - b) El haber optado por la exigencia de un capital fundacional inicial sin haber previsto su ulterior adecuación a los fines de la misma.

- c) El exigir unos trámites demasiado engorrosos y complejos para fundaciones de pequeña importancia, dificultando en la práctica su existencia.
- d) Y en definitiva optar por un modelo de claro intervencionismo de la administración con lo que ello conlleva.
- e) El crear una doble vía jurisdiccional ya que contra el dictamen del órgano de control cabe el recurso contencioso administrativo (artículo 39) mientras que en otros casos, debe entenderse que el órgano competente es el juez civil, y así se deduce del contenido del artículo 38 de la Ley.

He tratado en estas breves notas de hacer un bosquejo de urgencia de las novedades que la nueva legislación introduce, que no sólo deberán ser objeto de un estudio ulterior, sino que además la praxis jurídica ulterior se encargará de contrastar y pulir.