

DICTAMEN DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE CANARIAS SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE FUNDACIONES CANARIAS.

De conformidad con las competencias atribuidas al Consejo por la Ley 1/1992, de 27 de Abril, previa tramitación en la Comisión Permanente de Trabajo de Política de Bienestar Social, y de conformidad con el procedimiento establecido en el Reglamento de Organización y Funcionamiento, Decreto 312/1993, de 10 de Diciembre, el Pleno del Consejo Económico y Social aprueba por unanimidad, en su sesión del día veinte de enero de mil novecientos noventa y siete, con los requisitos que establece el artículo 10.1.c) de la precitada Ley 1/1992, el siguiente,

D I C T A M E N

ANTECEDENTES

I. El día 16 de diciembre de 1996, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5.1, de la Ley 1/1992, de 27 de Abril, de creación del CES, y 22 del Decreto 100/1992, de 26 de junio, que aprueba el desarrollo reglamentario de la Ley anterior, interesa del Consejo informe previo sobre el *Anteproyecto de Ley de Fundaciones Canarias*. Dicho anteproyecto de ley fue tomado en consideración por el Consejo de Gobierno en sesión del día 16 de Mayo de 1996.

En relación a lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 1/1992, de 27 de abril, con la solicitud de informe previo se adjunta la siguiente documentación:

- *Certificación*, que expide la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, que acredita el acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno.
- Memoria del Anteproyecto de Ley de Fundaciones Canarias.
- Anteproyecto de Ley citado.

- Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias.
- Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

El *Anteproyecto de Ley de Fundaciones Canarias*, sometido a dictamen consta de *un Preámbulo, un Capítulo Preliminar* que atiende al ámbito de aplicación del anteproyecto de ley, *cuarenta artículos* estructurados en torno a *cinco Capítulos* que distribuyen, a su vez, varias secciones, una *Disposición Derogatoria* y *tres Disposiciones Finales*.

- ♦ Preámbulo
- ♦ Capítulo Preliminar: Ámbito de aplicación.
- ♦ Capítulo Primero:
 - Sección 1ª. Constitución de la Fundación.
 - Sección 2ª. Escritura de la Constitución.
 - Sección 3ª. Inscripción Registral.
- ♦ Capítulo Segundo:
 - Sección 1ª. El fin fundacional.
 - Sección 2ª. Dotación.
 - Sección 3ª. El Patrimonio de la Fundación.
 - Sección 4ª. Órgano de Gobierno.
- ♦ Capítulo Tercero: Actividad Fundacional.
- ♦ Capítulo Cuarto:
 - Sección 1ª. Modificación.
 - Sección 2ª. Fusión.
 - Sección 3ª. Extinción.
- ♦ Capítulo Quinto:
 - Sección 1ª. Protectorado.
 - Sección 2ª. Consejo Asesor del Protectorado.
 - Sección 3ª. Registro de Fundaciones Canarias.
- ♦ Disposición Derogatoria.
- ♦ Disposiciones Finales, Primera, Segunda y Tercera.

- II.** La Secretaría General del Consejo informa favorablemente de la admisión a trámite de la solicitud cursada, acordando la Presidencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 28.4 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CES, encomendar los trabajos preparatorios para la formulación del proyecto de dictamen a la *Comisión Permanente de Trabajo de Política de Bienestar Social*, con traslado de la documentación señalada en el antecedente I.

La Comisión de referencia celebró sesión de trabajo el día trece de enero de mil novecientos noventa y siete.

El dictamen que se emite, tal y como señala el artículo 22 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CES, se documenta, distinguiéndose: los antecedentes, la valoración que hace el Consejo del anteproyecto sometido a consulta, las conclusiones y recomendaciones, con inclusión, en su caso, de los votos particulares.

CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE FUNDACIONES CANARIAS

- I.** Como el ejercicio de una función positiva para un tejido social necesariamente abocado a coparticipar con el sector público, califica a la *actividad fundacional* el anteproyecto que se dictamina, coparticipación que sitúa en la conveniencia de sostener y estimular las actividades de interés general.

Actividad fundacional cuya importancia proclama el artículo 34 de la Constitución al amparar el *derecho de fundación* para fines de interés general.

La fundación, en fin, constituye, según indica el anteproyecto de ley, una manifestación del dinamismo de nuestra sociedad lo que exige del legislador -se señala- un constante esfuerzo de adaptación para prestar la cobertura legal y el estímulo a la actividad.

El Anteproyecto de Ley de Fundaciones promovido entonces con fundamento en el ejercicio de la competencia exclusiva que el *artículo 29.7 del Estatuto de Autonomía de Canarias* (hoy artículo 30.7, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias), reconoce a la Comunidad Autónoma en materia de fundaciones que desarrollen esencialmente sus funciones en nuestra Comunidad.

Con la nueva ley, señala el anteproyecto, se pretenden ajustar, modificando el marco jurídico establecido por el legislador canario con la Ley 1/1990 de Fundaciones Canarias, la *actividad fundacional* a los principios de libertad y flexibilidad imperantes hoy en la materia. En este sentido, el anteproyecto configura un *Protectorado* cuya actividad, no eminentemente fiscalizadora, se concibe de manera equilibrada, asignándole funciones de asesoramiento, apoyo y control de las fundaciones. Con la misma idea prevé el anteproyecto la creación de un *Consejo Asesor del Protectorado* con funciones consultivas.

II. Las directrices que sigue la ley son, según se nos indica en el anteproyecto y en esencia, las siguientes:

- ♦ *La regulación se circunscribe a los aspectos jurídico-sustantivos*, del régimen jurídico de la fundación con arreglo al concepto sentado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- ♦ *Articula el proceso constitutivo de la Fundación en torno a tres fases*: negocio fundacional, constitución e inscripción registral.
 - *Mediante el negocio fundacional*, se expresa por el fundador la voluntad de crear una fundación dotándola de medios económicos.
 - Con el otorgamiento de la *escritura pública* de constitución conforme a las previsiones legales la fundación queda constituida aunque carece aún de personalidad jurídica. A partir de este momento el proceso constitutivo es irrevocable.

- Por último, es con la *inscripción en el Registro* cuando la fundación alcanza personalidad jurídica.
- ♦ A propósito de la *regulación de los órganos de gobierno* de la fundación, el anteproyecto de ley parte de la premisa, nos indica, de asegurar el máximo de respeto posible a la voluntad del fundador.
- ♦ *Se regula la rendición de cuentas al Protectorado*, en similares términos a como los recoge la normativa estatal, para evitar distorsiones en torno a la aplicación estatal sobre incentivos fiscales.
- ♦ El Anteproyecto de Ley de Fundaciones Canarias *configura al Protectorado como órgano adscrito al Departamento competente en materia de fundaciones*. Tal y como se indicó ya al comentar el Preámbulo, el anteproyecto persigue equilibrar las funciones del protectorado armonizando sus facetas de *órgano de apoyo, asesoramiento y de control*.
- ♦ El anteproyecto prevé la *existencia de un Consejo Asesor* del Protectorado, integrado por representantes de las fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones Canarias.
- ♦ Por último, el anteproyecto señala apostar por un *proceso de modificaciones de los Estatutos de la fundación flexible*, con la idea, pretende el texto dictaminado, de que sea una vía propicia para reconducir la actividad de numerosas fundaciones que tengan paralizada su actividad.

OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO DE LEY **DE FUNDACIONES CANARIAS**

I. De carácter preliminar.

Las fundaciones, no obstante su naturaleza de entidades jurídicas de derecho privado, se erigen para la persecución de intereses generales o de naturaleza pública: satisfacción de necesidades de carácter docente, asistenciales, benéficos,

culturales o similares. Ello explica, a partir de la sucinta regulación del *derecho de fundación* que incluye el texto constitucional (artículo 34) y que exige la reserva legal y la finalidad de interés general, la confluencia de variados aspectos de tipo político, civil, fiscal, administrativo, situados entre lo público y lo privado y que fundamentan la doble naturaleza, también, de la ordenación de las fundaciones, que por lo que respecta a la *actuación pública* deviene como una consecuencia obligada en la medida en que garantiza el cumplimiento de las finalidades de *interés general*, expresado en la voluntad fundacional, mediante el ejercicio de la tutela y la protección.

Es justamente ese concepto de *interés general* que pone de relieve la utilidad social que despliega la fundación, y que además le sirve de fundamento, el que justifica la actuación administrativa para disciplinar aspectos procedimentales, organizativos y de control de las fundaciones, máxime cuando se trata de competencias asumidas por la Comunidad Autónoma. *Intervención que debe guardar estrecha observancia a los determinados límites naturales* que impone el mismo *derecho de fundación*, así: sólo el poder judicial puede disolverla o suspender sus actividades; no se puede vaciar, sustituir o variar el programa de la fundación; tampoco puede la *tutela y el control* alterar los términos temporales en que se hubieran constituido las actuaciones de la fundación; o, en fin, debe reconocerse la personalidad jurídica independiente de la fundación, expresión de su capacidad de actuación, no obstante exigir, en favor de la seguridad jurídica, su inscripción en un registro especial.

II. De carácter general.

El Consejo Económico y Social, valora positivamente la conveniencia de promover la modificación del actual marco normativo que regula las fundaciones en Canarias, por lo que significa, inicialmente, de esfuerzo de adaptación al marco básico que define la *Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General*, y que denota el explícito reconocimiento de la importancia que, en sociedades democráticas avanzadas tiene la participación, junto al sector público, de personas, entidades e instituciones privadas en la protección, el desarrollo y el estímulo de actividades de

interés general en las diversas manifestaciones que estas puedan revestir y en favor de la cooperación para el desarrollo, el fomento de la economía o de la investigación, o cualesquiera otras de naturaleza análoga.

La adecuación normativa pretendida debe favorecer, en opinión del CES, la incentivación de la participación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, de la iniciativa privada en actividades de interés general, particularizando, allí donde el reparto competencial constitucional y estatutario lo permita, medidas de fomento y promoción de la actividad fundacional complementariamente a las establecidas en el Título II de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, citada.

El CES, en este sentido, ya ha expresado la conveniencia de *que no se desatiendan esos esfuerzos procedentes de la iniciativa privada*, reflejo de valores constitucionales como los de la participación y la solidaridad social, y que representan, esencialmente, actuaciones dirigidas al progreso de la Comunidad (*Dictamen 6/1996 del Consejo sobre el Anteproyecto de Ley del Voluntariado en Canarias*).

III. De carácter particular.

El articulado del anteproyecto observado por el CES responde, en esencia y tal y como positivamente hemos valorado, al esfuerzo por propiciar la adaptación al marco que define la Ley 30/1994, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Si bien ello se hace con una técnica normativa deficiente, sin que sea el Consejo Económico y Social quien deba hacer mayores precisiones al respecto, papel reservado a otras instancias.

En efecto el Anteproyecto de Ley de Fundaciones Canarias utiliza, en nuestra opinión, en exceso la reiteración de preceptos normativos procedentes de la citada Ley 30/1994, que nada añade al valor que pueda representar el esfuerzo de ordenación que acertadamente se promueve. Reiteración que a veces, por inexacta, puede eventualmente inducir determinadas inseguridades en los destinatarios de la norma.

El artículo 6.1, apartado c), del anteproyecto, reiteración innecesaria del artículo 8 de un precepto estatal, introduce en relación a éste la novedad de una omisión: la falta de exigencia de valoración de los bienes y derechos que se aportan a la fundación. En opinión del Consejo este apartado debe completarse para exigir la valoración económica de los bienes y derechos. Conviene recordar la existencia de pautas y criterios para proceder al respecto en la legislación sobre Sociedades Anónimas.

El artículo 6.1, apartado d), que también sigue la redacción de su homóloga norma estatal, introduce sin embargo una novedad que es la exigencia de incluir en la escritura de constitución el primer programa de actuación de la fundación.

En opinión del CES tal inclusión, poco acertada desde el punto de vista jurídico, circunstancia sobre la que hemos advertido no es el Consejo quien deba pronunciarse, representa desde el de la oportunidad de la norma un inconveniente añadido para la constitución de fundaciones y el fomento e incentivación, en consecuencia, de los valores que dicha actividad conlleva: por una parte se ponen límites a la creación de fundaciones estableciendo una exigencia que tiene nulos efectos en cuanto a su vinculación y además, obliga a que fundaciones con objetivos y fines bien reales apresuren, infundadamente, programas específicos insuficientemente desarrollados.

Otro previsible efecto de la inclusión de la exigencia de un *primer programa de actuaciones*, sería el desvío hacia otras localizaciones de la constitución de determinadas fundaciones.

En consecuencia con lo expuesto, debe suprimirse también la referencia que hace al *programa de actuación inicial* el artículo 11.2, último inciso, del Anteproyecto de Ley de Fundaciones Canarias.

En opinión del Consejo, y en relación al contenido del artículo 17.1 del Anteproyecto, el Patronato deberá componerse, necesariamente, por un mínimo de tres miembros, sin que puede ser condicionada tal circunstancia por voluntad del fundador.

En relación a los requisitos exigidos en el artículo 17.1 del Anteproyecto, sobre la aceptación expresa del cargo de Patrono, el CES plantea la conveniencia de tratar de modo similar el supuesto de renuncia del cargo de Patrono del artículo 21.2, g).

El artículo 21.2, apartado h), introduce imprecisión e implica inseguridad jurídica cuando señala como supuesto de cese de los miembros del órgano de gobierno de la fundación su no idoneidad para "...desempeñar el cargo en virtud de circunstancias que puedan dañar la imagen o labor de la fundación...". Tal posibilidad, en opinión del CES, no puede sino determinar conflictos innecesarios, máxime cuando, continúa el precepto observado, tales circunstancias, a partir de la iniciativa que eventualmente puedan adoptar el resto de los miembros del patronato, deberá ser "... autorizada por el Protectorado". Lo que sitúa a un órgano administrativo de asesoramiento, apoyo técnico y control de la actividad fundacional, con funciones excesivamente intervencionistas.

Tampoco consideramos que sea un acierto la redacción dada al *apartado h) del artículo 21.2*, citado, desde el punto de vista jurídico: la causa de cese prevista no se incluye en la legislación estatal, de aplicación general, y podría significar trascender los límites naturales que impone el mismo *derecho de fundación*, vulnerándose el obligado y explícito reconocimiento que se debe a las *funciones decisorias de la voluntad del fundador*, que sólo puede ser suplida por resolución judicial.

En la misma línea de lo que el CES entiende como una *extralimitación de las funciones del Protectorado*, situamos la redacción dada al *artículo 35, apartado b)*, cuando capacita al órgano administrativo para velar por el efectivo cumplimiento de los fines de cada fundación, conforme a la voluntad expresada por el fundador, y *"... completar e interpretar esa voluntad ..."*, lo que podría significar vulnerar una de las que el propio anteproyecto señala como directrices que sigue: asegurar el máximo de respeto posible a la voluntad del fundador. En este sentido, en opinión del Consejo, se podría ir a una redacción más afortunada del precepto comentado si esa potestad para *"... completar o interpretar esa voluntad"* del fundador se refiriera exclusivamente al supuesto de constitución de las fundaciones por actos *mortis causa*, de tal forma que se facilitara el ejercicio del *derecho de fundación*.

De impreciso volvemos a calificar el contenido del *artículo 36.1, apartado b)*, determinante de inseguridad jurídica por la dificultad para especificar el alcance y contenido de lo que deba entenderse por “... *conducta irregular del patronato* ...”, y que vuelve a situar a este órgano administrativo en una difícil situación por su excesivo carácter intervencionista. Convendría referir esa *posibilidad de intervención temporal* de la fundación por el Protectorado a supuestos más reglados y referidos específicamente a las *irregularidades en la gestión económica siempre que se ponga en peligro la subsistencia de la fundación*, o una *grave desviación entre fines y actividad*, previo requerimiento al patronato para que en plazo determinado proceda a la adopción de las medidas pertinentes. Redacción que es, por otro lado, la que sigue la legislación estatal.

En relación al artículo 37, el sentido de la *resolución presunta*, por consideraciones de índole estrictamente jurídico, *debe ser estimatorio*.

A propósito del artículo 39, el CES estima conveniente que el catálogo de *funciones del Consejo Asesor del Protectorado* se amplie para añadir las de *planificación y propuesta de actuaciones necesarias para la promoción y fomento de la actividad fundacional, así como las de realización de los estudios necesarios para el mejor cumplimiento de los cometidos de las fundaciones*.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- I. El Consejo Económico y Social valora positivamente la iniciativa del Gobierno de promover la adaptación del marco legal que regula las fundaciones y su actividad en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Igualmente, estimamos la conveniencia de las grandes líneas que incluye el Anteproyecto dictaminado, en lo que implica la corrección de los desequilibrios de la *Ley 1/1990, de 29 de enero*, de Fundaciones Canarias, en relación a las innovaciones que representó en el marco estatal la *Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, fundamentalmente en lo que implica mantener un adecuado nivel de

intervención administrativa mediante el ejercicio de las funciones de tutela y control de la actividad fundacional y con las matizaciones que incluimos en el presente Dictamen. Todo ello habrá de permitir, en opinión del CES, el estímulo para la participación privada, complementaria y no sustitutiva del esfuerzo público, en las actividades dirigidas al interés general.

II. Con la emisión del presente Dictamen, el CES hace las siguientes recomendaciones:

- ♦ *Suprimir* las referencias a la necesidad de que figure para la constitución de la fundación *el primer programa de actuación*.
- ♦ *Incluir*, como exigencia, *la valoración de los bienes y derechos que se aportan en la dotación fundacional*.
- ♦ *Limitar*, o aún suprimir, por los fundamentos expuestos, las que se califican como imprecisiones o excesos en *las funciones atribuidas al Protectorado en relación al cese de los patronos*, y cuando, *en relación a los supuestos de intervención temporal* de la gestión de los patronos se faculta al Protectorado para hacerlo en supuestos, como poco no precisados, *de conductas irregulares de aquellos*; limitar, en los términos precisados en el presente dictamen, la potestad para *interpretar o completar la voluntad del fundador*
- ♦ En opinión del CES, deberían *ampliarse las funciones del Consejo Asesor del Protectorado* a las de planificación, fomento y realización de estudios relacionados con la actividad fundacional.
- ♦ En opinión del Consejo, el Patronato deberá estar constituido, necesariamente, por un mínimo de tres miembros.
- ♦ Convendría darle *sentido estimatorio* a la *resolución presunta* para resolver el *régimen de autorizaciones* previsto en el anteproyecto de ley.

- ♦ Parece conveniente establecer algún tipo de *disposición transitoria* que facilite las *necesarias adaptaciones de la actividad fundacional al nuevo régimen legal que se pretende*, de tal forma que no se obstaculice aquella actividad estableciendo pautas y plazos para dicha adaptación.

En Las Palmas de Gran Canaria a 20 de enero de 1997.

Vº. Bº.
EL PRESIDENTE DEL CONSEJO

EL SECRETARIO GENERAL
DEL CONSEJO

Fdo.: Francisco Oramas Tolosa

Fdo.: Carlos J. Valcárcel Rodríguez