

LA LEY 12/2006, DE FUNDACIONES

DE INTERÉS GALLEGO

María Esther Rovira Sueiro

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

SUMARIO: I.- ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO. II.- ESPECIALIDADES DE LA LEY GALLEGA: ANÁLISIS COMPARATIVO. III.- DISPOSICIÓN FINAL 1ª DE LA LEY 50/2002 Y SU REFLEJO EN LA LEY 12/2006. IV.- VALORACIÓN Y CRÍTICA

I.- Antecedentes y marco normativo

El Estatuto de Autonomía de Galicia, más concretamente los arts. 27.4 y 27.26 establecen dentro las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones de Derecho civil gallego, y el régimen de jurídico de las fundaciones de interés gallego respectivamente. Así pues con la legitimación que confieren los mencionados preceptos cuenta Galicia en la actualidad con la Ley 12/2006, de Fundaciones de Interés Gallego, que vino a sustituir a la Ley 7/1983¹.

¹ Publicada en el DOGA de 20 de julio de 1983, núm.89 (modificada a su vez por la Ley 11/1991, de 8 de noviembre y el Decreto 193/1984, de 6 de septiembre, Reglamento de organización y funcionamiento del protectorado de las fundaciones de interés gallego, que también fue objeto de sucesivas reformas y que resultó derogado por el Decreto 248/1992, de 18 de junio, Reglamento de Funcionamiento de Protectorado de Fundaciones de Interés Gallego vigente hasta fechas relativamente recientes). Asimismo, en lo tocante a la organización de las fundación había que tener también en cuenta la Ley 10/1996, de 6 de noviembre de 1996 de Personal y contratación de la Xunta de Galicia a tenor de la cual las fundaciones constituidas mayoritariamente o en su totalidad por la Administración autonómica gallega o aquellas en las que la Xunta formase parte de sus órganos de gobierno y

La ley gallega de fundaciones fue una de las primeras², con excepción de Navarra y Cataluña, y gozó de una notable estabilidad pues, al margen de reformas puntuales, estuvo vigente desde su promulgación en el año 1983 hasta principios del año 2007 que es cuando entró en vigor la actual Ley 12/2006, ejemplo también de notable de estabilidad como trataremos de justificar a través del presente trabajo³.

No obstante lo expuesto, la normativa autonómica no puede desvincularse de la estatal (Ley 50/2002) pues resulta muy mediatizada por ésta de ahí que resulte ineludible para una mejor comprensión de la misma traer a colación el contexto en el que se inserta y los términos de esa vinculación inevitable.

El derecho de fundación en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra garantizado constitucionalmente en el art. 34 CE, al amparo del cual tienen cabida fundaciones que son objeto de protección constitucional y fundaciones que sin encajar en los criterios constitucionales están permitidas (art.34.2 CE) lo que se traduce en un amplísimo campo de actuación dejado al arbitrio de los legisladores ordinarios, como lo demuestran los cambios operados en esta materia y las diferencias ostensibles entre la anterior ley de fundaciones de 1994 y la actual de 2002. Al margen del art. 34 CE no encontramos en la Constitución referencias explícitas a la fundación en los arts. 148 y 149 CE que son los preceptos clave para la distribución competencial y posible asunción de competencias legislativas de las Comunidades autónomas. El marco constitucional creado por la conjugación de los arts. 34, 148 y 149 CE se traduce en la existencia de varios títulos que pueden esgrimirse para justificar la competencia estatal o la autonómica en función del texto del que se parta, la Constitución o los Estatutos de Autonomía.

percibiesen subvenciones públicas debían someterse a la fiscalización de la Intervención General de la Xunta y además al Consejo de Cuentas que presentaría informe al Parlamento de Galicia exigiendo que el personal y los cuadros directivos de dichas fundaciones fuesen contratados mediante anuncio público de convocatoria con respecto a los principios de mérito y capacidad, todas ellas hoy derogadas

² Con excepción de Navarra y Cataluña.

³ Vid infra epígrafe IV

En concreto y por lo que en este contexto interesa la Ley estatal de fundaciones, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, en cuyo art.1 dispone que el objeto de la misma es el establecimiento del régimen jurídico de las fundaciones que corresponden al Estado y regular las fundaciones de competencia estatal. No cabe duda que al tratarse de un derecho constitucional se puede ver afectado por el art. 149.1 1ª que se refiere a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales. Asimismo, el art. 149.1.8ª relativo a la legislación civil obliga a plantear diferencias entre las CCAA que tienen competencia en esa materia y las que no. Por otro lado los Estatutos de Autonomía coinciden en asumir competencias respecto de las fundaciones aunque sean diversos los términos utilizados. Algunas especifican las clases de fundaciones⁴ y delimitan su competencia por el criterio de que desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de la Comunidad Autónoma de que se trate, otras, las menos, como es el caso de Galicia alude a las que sean de interés gallego, y otras de forma totalmente distinta, como es el caso de Navarra, emplea el criterio de aquellas cuya constitución sea con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra.

Hasta el momento se evidencia la disparidad de criterios de los legisladores autonómicos si bien ello no se ha traducido, como podía esperarse, en grandes diferencias en la práctica por cuanto la Ley 49/2002, de 23 de diciembre de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo constituye un instrumento unificador en la medida en que para acogerse a los beneficios previstos en la misma deben ajustarse a sus pautas, que no son otras, en lo sustancial, que las de la Ley estatal de fundaciones. De hecho la Ley gallega en la Disposición Adicional 1ª facilita, al menos eso pretende, la tarea del intérprete al reconocer expresamente que buena parte de su contenido está

⁴ Así ocurre por ejemplo con el Estatuto de Autonomía de Cataluña y del País Vasco.

redactado de conformidad con los preceptos de la Ley estatal⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, el marco normativo en el que se contextualiza el régimen jurídico de las fundaciones de interés gallego parte del art. 27.26 del Estatuto de Autonomía que confiere competencia exclusiva a la Xunta en materia de fundaciones de interés gallego. Al amparo de esta disposición se aprueba la actual Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés gallego que ha sido objeto de desarrollo por Decreto 14/2009, de 21 de enero, que aprueba el Reglamento de fundaciones de interés gallego⁶.

Por consiguiente, las fundaciones de interés gallego en terminología legal cuentan con una normativa moderna en la que se trata de promover, estimular y proteger a estas entidades que juegan un importante papel asistencial y solidario si bien en los últimos tiempos algunos comportamientos individuales han empañado sus logros y el esfuerzo del legislador de dotar a esta figura de un régimen jurídico transparente y sometido a un efectivo control del cumplimiento de los fines fundacionales.

En Galicia las principales fuentes de regulación de las fundaciones en Galicia son, además de las ya mencionadas Ley 12/2006, Decreto 14/2009, el Decreto 15/2009 por el que se aprueba el Reglamento de Registro de las Fundaciones de Interés Gallego y la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Administración General y Sector Público de Galicia, marco actual de las fundaciones del sector público⁷.

II.- Especialidades de la Ley Gallega: análisis comparativo

De la compleja distribución de competencias que resulta del texto constitucional nos encontramos, en principio, con que sería muy pequeño el

⁵ En concreto la Disposición Adicional 1ª prevé que «El contenido de los artículos 2.1, 5 al 15, 22, 24, 26, 30, 41, 42.1.4 y 5, 44, 47.1, 48.2, 50 y 53.8 de la presente Ley están redactados en conformidad con los preceptos de aplicación general de la Ley 50/2002...».

⁶ Desarrolla a la ley tal y como prevé la Disposición Final 1ª al autorizar a la Xunta de Galicia para dictar disposiciones en tal sentido. El mencionado Reglamento entró en vigor el 1 de septiembre de 2009 tal y como establece la Disposición Final 2ª.

⁷ Vid. infra IV. Valoración y crítica

margen de actuación de las Comunidades Autónomas para legislar sobre esta materia salvo que se tratase de aquéllas que hubieran asumido competencias en materia de Derecho civil especial como es el caso de Galicia, pero incluso en tales supuestos está muy mediatizado por lo límites que se derivan de las Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002⁸.

En este sentido debemos partir de que la Ley gallega de forma expresa en su Disposición Adicional 1ª señala que los artículos 2.1º, 5 al 15, 22, 24, 26, 30, 41, 42.1º.4 y 5, 44, 47.1º, 48.2º, 50 y 53.8º están redactados de conformidad con los preceptos de aplicación general de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Traduciendo los números citados en la Disposición Adicional 1ª de la Ley gallega a las materias a las que corresponden resulta que se redactan de acuerdo con la ley estatal: el concepto, la personalidad jurídica, la denominación, el domicilio, las fundaciones extranjeras, la capacidad para fundar, las modalidades de constitución, la escritura de constitución, los estatutos, la dotación de la fundación, las fundaciones en proceso de fundación, el patronato, la responsabilidad de los patronos, la sustitución, cese y suspensión del cargo de patronos, el patrimonio de las fundaciones, las herencias y donaciones, la modificación de los estatutos, la fusión, las causas y formas de extinción, el protectorado, el ejercicio de acciones de responsabilidad, la intervención temporal y la previsión de la normativa de otros registros públicos. Lo cual, sin embargo, no coincide exactamente con las exigencias de la Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002 a tenor de la cual son de aplicación general los preceptos relativos al concepto, fines y beneficiarios, personalidad jurídica, domicilio, fundaciones extranjeras, patronato, acción de responsabilidad de los patronos, suspensión judicial cautelar de los patronos, ejercicio de acciones por parte del protectorado, causas de extinción, protectorado, legitimación del protectorado para el ejercicio de acciones, normativa relativa a otros registros públicos y recursos jurisdiccionales⁹.

⁸ A este respecto vid.infra. epígrafe III.

⁹ En este sentido vid los arts.2, 3.1º, 2º, y 3, 4, 6, 7, 14, 17.3º, 18.3º, 21.3º, 22.2º, 31, 34.1º, 35.2º, 37.4º y 43 de la Ley 50/2002.

Partiendo de la inevitable comparación de ambas normas podemos constatar, en una primera aproximación, que son muchos más los preceptos en los que coincide la ley gallega y la estatal de los que preceptivamente se derivan de esta última, ahora bien ello no necesariamente se ha traducido siempre en una previsión idéntica porque el legislador gallego ha introducido en algunas ocasiones matices que lo ponen en tela de juicio.

En el terreno de las coincidencias destacar por ejemplo las relativas al concepto, la personalidad jurídica, la denominación, el domicilio, hasta el punto de ser en ocasiones idéntica su redacción, así a título ilustrativo baste comparar el régimen de las fundaciones extranjeras (art.8.1º y 2º de la Ley12/2006, y art.7.1º y 2º de la Ley 50/2002).

Otras veces la identidad resulta una falacia, así siendo prácticamente idénticos los preceptos relativos al patronato¹⁰, y por lo tanto su existencia, funciones, composición, etc. el legislador gallego introduce una excepción que convierte en falaz la igualdad al permitir que «el fundador o fundadores que sean personas físicas se reserven con carácter vitalicio todas las competencias asignadas al órgano de gobierno de la fundación (...)» algo por lo demás tradicional en Galicia por cuanto ya estaba previsto en el art.13.2º de la ley gallega de fundaciones del año 1983.

En otras ocasiones es similar la redacción de ambas normas aun cuando las coincidencias impuestas de la Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002 no se hayan visto reflejadas en la enumeración contenida en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 12/2006, como ocurre con los fines y los beneficiarios que no aparecen relacionados en la misma y sin embargo sí se plasman en el momento de su redacción que es prácticamente coincidente¹¹, lo cual, a nuestro juicio, no obedece a otra cosa que no sea el mero olvido del legislador autonómico al volcar en la mencionada Disposición el elenco de coincidencias.

Por lo demás aun cuando el legislador gallego goza de una razonable libertad, al contar Galicia con Derecho civil especial y ser muchos

¹⁰ Cfr.art.15 de la Ley12/2006 y art.14 de la Ley 50/2002.

¹¹ En este sentido cfr.art.3 de la Ley 50/2002 y el art.4 de la Ley 12/2006.

menos los preceptos de la ley estatal que le vinculan, un análisis exhaustivo de la normativa gallega de fundaciones permite colegir que la ha seguido más allá de los límites legales de su competencia, esto es, en más preceptos que los obligatorios ex Disposición Final 1ª de la Ley estatal y más que los expresamente mencionados en la Disposición Adicional 1ª de la Ley gallega, lo que no es óbice para que se hayan introducido una serie de novedades merecedoras de un comentario específico pero antes de entrar en el mismo consideramos no sólo oportuno, sino inexcusable hacer todavía algunas observaciones en relación al concepto y régimen jurídico.

Así las cosas, dentro de los preceptos no contemplados en las Disposiciones Adicional y Final de ambas leyes nos encontramos con el relativo al ámbito objetivo. En este sentido el art.1 de la Ley 12/2006, contempla como objeto a las fundaciones de interés gallego que son competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, entendiendo por interés gallego, que sean de interés general para Galicia, desarrollen principalmente sus actividades y tengan su domicilio en el territorio de la Comunidad Autónoma tal y como se desprende del art.2 relativo al concepto. Precisamente el concepto se concibe en términos muy semejantes a la legislación estatal, pudiendo definirse la fundación de interés gallego como aquella organización constituida sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general para Galicia. Se suma así a una concepción clásica de la fundación muy condicionada por el elemento dotación que no coincide del todo con la realidad social y tampoco con la realidad legal que resulta de su aplicación toda vez que permite que la dotación no sea la principal fuente de financiación de las actividades fundacionales, como lo demuestra la existencia de fundaciones creadas al amparo de la Ley 50/2002 que están financiadas principalmente por los ingresos que generan como consecuencia del suministro de bienes o la prestación de servicios con sujeción a las reglas del mercado, u otras financiadas con aportaciones públicas, al margen de los incentivos y beneficios fiscales, a través de subvenciones con las distintas Administraciones para la prestación de servicios públicos, etc.

Por lo demás reitera el carácter organizativo, -lo cual a pesar de su conexión con la personalidad jurídica de la fundación no debe confundirse con ella-, la ausencia de ánimo de lucro y la consecución de fines de interés general, -también dos elementos estrechamente relacionados pero que no son necesariamente lo mismo-.

En cuanto al régimen jurídico el art.3 de la ley gallega tiene exactamente la misma redacción que el art.2.2º de la ley estatal pero ello no va a tener el mismo alcance pues la ley gallega exagera en algunos ámbitos el papel de la voluntad del fundador, sin perjuicio de seguir en general la tendencia actual ya evidenciada en la Ley de fundaciones del 94 de prevalencia de la voluntad del fundador sobre la ley. Ahora bien, la ley gallega quizá ha ido demasiado lejos por cuanto, en términos muy parecidos al derogado Reglamento de Fundaciones culturales de 21 de julio de 1972¹², permite que el fundador o fundadores, si son personas físicas, se reserven con carácter vitalicio el ejercicio de todas las competencias asignadas al órgano de gobierno de la fundación¹³ mientras que la Ley 50/2002 en los arts.14 y 15 concibe al patronato como el único órgano de gobierno y representación de la fundación que además deberá ser colegiado y estar formado por un mínimo por tres miembros. La Ley 12/2006 sólo recoge la existencia preceptiva del patronato como órgano de gobierno de la fundación, por lo que cabe plantearse hasta qué punto resulta admisible la previsión del legislador gallego cuando la necesidad de que las fundaciones sean gobernadas por un órgano colegiado se considera que constituye una condición básica del ejercicio del derecho de fundación y, por lo tanto, están fuera de su ámbito de competencia, es decir, entra de lleno en el terreno de las competencias exclusivas del Estado ex art.149.1.1ª CE en tanto en cuanto condición básica de ejercicio del derecho de fundación reconocido

¹² Se trata del Decreto 2930/1972, de 21 de julio en cuyo artículo 9.3 permitía que cuando el fundador fuese una persona física de reservarse con carácter vitalicio el ejercicio de las competencias asignadas a los órganos de gobierno de la fundación.

¹³ En cuyo caso la persona fundadora deberá ejercer sus funciones dando cuenta previamente al patronato, que podrá ejercer la acción de responsabilidad frente a aquel en los términos establecidos en el art.22 y en el caso de que sean varias personas fundadoras se entenderá que actúan siempre mancomunadamente, a no ser que en los estatutos o la escritura de constitución de la fundación mencionen otro sistema de administración (art.15 de la ley gallega)

en el art.34 CE en relación con el art.53 CE.

Pero incluso entendiendo que tal previsión resulte acorde con las exigencias constitucionales por cuanto no supone la ausencia de patronato, la cuestión que se plantea es si el fundador se reserva la gestión ¿puede formar parte del patronato? Si son varias personas físicas las fundadoras, tres o más, ¿podrían válidamente conformar con carácter exclusivo el patronato? En principio el art.17 de la Ley gallega sólo exige para ser miembro del patronato tener capacidad de obrar plena, no estar inhabilitado para el desempeño de cargos públicos¹⁴. Es más la redacción del art.22.2.c de la misma Ley al referirse a los legitimados para el ejercicio de acción de responsabilidad de los patronos se refiere «a la persona fundadora cuando no fuera patrono» de lo que cabe colegir que la persona fundadora sí sea patrono. Si esto es así entendemos que, aun cuando la ley no haya previsto el conflicto evidente que se genera si el fundador que se reserva con carácter vitalicio el ejercicio de las funciones asignadas al patronato, debería llevar a prohibir la posibilidad de que el fundador que haga uso de la facultad de reserva del art.16 forme parte del órgano de gobierno de la fundación. Distinto sería el supuesto de que éste fuese miembro y no ejercitase la facultad de reserva.

Otra cuestión que tampoco recibe una respuesta expresa en la Ley es la relativa a la posibilidad de que el fundador se reserve *parte* de las competencias asignadas al patronato. El art.16.4º en que se prevé tal reserva literalmente alude al «ejercicio de todas las competencias». En principio materialmente no parece que haya inconveniente en que se desglosen las competencias pues en esencia se trata de dos: 1) cumplimiento de los fines fundacionales y 2) administración diligente de la dotación, ambas guiadas por el principio de mantener el rendimiento y utilidad de los bienes y derechos que forman la dotación. El carácter claramente divisible de las competencias también lo evidencia el propio legislador, sin ir más lejos ello se refleja en la delegación y los

¹⁴ Lo cual básicamente coincide con la capacidad para fundar de la Ley 50/2002, que a tenor de su artículo 9 sólo se exige la capacidad para disponer gratuitamente de los bienes en que consista la dotación, capacidad que supone la de obrar general.

apoderamientos previstos en el art.18. Por lo tanto, desde el punto de vista de su divisibilidad, no habría problema, el obstáculo vendría por el término «todas» del art.16.4º. En este sentido, si tenemos en cuenta que la existencia del patronato se concibe estrechamente ligada al ejercicio del derecho de fundación previsto en el art.34 CE consideramos que habría que decantarse por una interpretación restrictiva de lo que son supuestos excepcionales, lo que nos lleva a entender que la persona fundadora o las personas fundadoras podrán reservarse todas las competencias o ninguna.

Al margen de tal consideración también plantea problemas interpretativos la obligación de dar cuenta previamente al patronato, por cuanto no está del todo claro su alcance. Así cabe cuestionarse si cumple el fundador con la mera información, pues en principio del tenor literal del art.16 no parece que tenga que someterlo a su consideración. Sin embargo, a continuación se prevé para el caso de que no informe, la posibilidad de que el patronato ejercite la acción de responsabilidad civil en los términos del art.22 y éstos no contemplan, como sería deseable, como supuesto de hecho el que el fundador omita la información previa al patronato, sino que la acción se refiere básicamente al incumplimiento de la obligación de los patronos de desempeñar su cargo con la diligencia de un representante leal cuando causen daños y perjuicios. Entonces ¿se puede concebir el incumplimiento de lo previsto en el art.16.4º como una actuación negligente del cargo? La falta de información puede ser una conducta contraria a la ley, incluso a los estatutos si en ellos se prevé algo al respecto lo cual sería muy aconsejable dada la ambigüedad legal, pero no necesariamente perjudicial desde el punto de vista del gobierno y gestión de la fundación, lo cual unido a la expresión «podrá ejercer la acción de responsabilidad» nos lleva a concluir que en principio no sería obligatorio su ejercicio. Ahora bien ¿no tiene consecuencias jurídicas que el fundador haga caso omiso de la previsión del art.16.4º? A nuestro juicio la respuesta ha de ser negativa en el sentido de que sólo tendría consecuencias si de su conducta se derivase un daño o perjuicio a la fundación, es más, entendemos que el dar entrada a la facultad del fundador de reservarse las funciones del patronato supone asumir precisamente algunas consecuencias atípicas en el funcionamiento

normal de la fundación que no son necesariamente negativas sino que suponen una mayor flexibilidad de la figura.

La peculiaridad de la reserva permite la existencia de un patronato apenas sin funciones por habérselas reservado el fundador lo que lo convertiría en un órgano fiscalizador del fundador gestor y para eso con unas atribuciones realmente limitadas. Es por ello que se echa en falta que, una vez introducida la facultad de reserva, -cuya oportunidad puede ser más o menos discutible-, no se haya acompañado la misma de un régimen jurídico adecuado en el que se hiciese referencia a tal realidad. A nuestro juicio la justificación estaría en que las normas relativas al patronato de las fundaciones de interés gallego son una réplica de la normativa estatal en la que no se contempla tal facultad.

Una opción que también podría resultar operativa y más segura sería que el patronato delegase en el fundador o fundadores todas las funciones que estimase convenientes con los límites de las facultades indelegables contempladas en el art.18 esto es: la aprobación de las cuentas anuales y plan de actuación, la modificación de los estatutos, el acuerdo de fusión, extinción o liquidación de la fundación y aquellos actos que requieran la autorización del protectorado. Si bien hay que reconocer que aun cuando con ello no se desconocería lo establecido por el legislador gallego sí resultaría superflua la facultad del art.16.

En cualquier caso, al margen de las cuestiones que en la práctica pueden plantear, el ejercicio de la facultad de reserva constituye sin duda una de las singularidades más llamativas de la legislación gallega.

Avanzando en el análisis sistemático de la Ley 12/2006 puede afirmarse que la impronta de la voluntad del fundador también se aprecia en otros ámbitos en términos muy similares a los establecidos en la Ley 50/2002 ocurre así con la modificación de los estatutos y la fusión de las fundaciones¹⁵ por lo tanto carece de interés su tratamiento en este contexto. En cuanto a la constitución de la fundación en la ley 50/2002 (a diferencia de lo que se preveía en la ley de 1994), ya no forma parte de las

¹⁵ En sentido cfr.arts.29 y 30 de la Ley 50/2002 y arts.41 y 42 Ley 12/2006.

condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación, lo que permitiría a las CCAA apartarse del régimen estatal. Aún así la mayoría lo siguen y Galicia no es una excepción, es más, la redacción de la ley gallega es idéntica a la estatal en lo que se refiere a la capacidad de fundar y a las distintas modalidades de constitución¹⁶.

En cuanto a las menciones que deben aparecer en la escritura de constitución la identidad es también prácticamente absoluta con la única diferencia de que la ley gallega alude al fundador o fundadora, y fundadores y fundadoras reflejo de la erradicación del lenguaje sexista y uso de lenguaje no sexista recogido en la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres¹⁷.

Por lo que se refiere a los estatutos la ley gallega ha tenido muy presente la importancia de respetar la voluntad del fundador y el papel que para ello adquieren los estatutos en tanto vehículo de expresión de la misma, de ahí que trate de buscar un equilibrio entre un contenido demasiado extenso, que puede dificultar la actuación de los patronos que responden no sólo por los actos contrarios a la ley sino también por las contravenciones estatutarias, y un contenido muy exiguo que puede crear lagunas difíciles de integrar.

En principio los estatutos de las fundaciones gallegas son más extensos que los de las fundaciones de ámbito estatal pues en el art.12 se añaden dos menciones que no están previstas en el art.11 de la Ley 50/2002. Se trata del párrafo c) en virtud del cual se deberá hacer constar «las principales actividades encaminadas al cumplimiento de dichos fines» y el párrafo g) que alude a «las causas de disolución y el destino de los bienes y derechos resultantes de su liquidación». Ahora bien no siempre con más menciones se logra evitar que determinados aspectos queden sin resolver. Si ello ocurriera habría que buscar una respuesta en la propia ley

¹⁶ Cfr. la coincidencia entre los arts.8 y 9 de la ley estatal y los arts.9 y 10 de la ley gallega

¹⁷ Publicada en el BOE de 21 de septiembre de 2004, núm.228. En concreto lo regula el capítulo III bajo la rúbrica «La erradicación del uso sexista del lenguaje» (arts.17 y 18).

tal y como se desprende de su art.3¹⁸.

Por lo demás la actual ley gallega de fundaciones, a diferencia de la anterior la ley del 83, sí prevé las consecuencias para el supuesto de que el contenido de los estatutos sea contrario a la ley, de hecho en su art.12.2º¹⁹ se nos dice que «toda disposición de los estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador o fundadora que sea contraria a la ley se considerará por no puesta, salvo que afecte a su validez constitutiva. En este último caso, no procederá inscribir la fundación en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego». De ahí que las consecuencias sean distintas según se trate de cláusulas cuya mención es necesaria *ex lege* y cláusulas que no. En el primer caso, si no afectan a elementos esenciales dará lugar a la suspensión de la inscripción del Registro hasta que se subsanen y sean lícitas. En el segundo caso, las que no son exigibles, en principio simplemente se tendrían por no puestas y procedería su inscripción. Ahora bien tal solución no es del todo coherente con la tendencia actual de respetar al máximo, y en la medida de lo posible, la voluntad del fundador, como lo demuestra en este contexto el apartado h) del art.12 al incluir como menciones «cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que la persona fundadora o fundadoras quieran establecer» pues con ella, en cierto modo, se está confiriendo trascendencia jurídica a los motivos personales que, de otra manera, quedarían al margen del negocio jurídico fundacional por exceder del concepto de causa como elemento esencial del mismo. Es por ello que apuntamos como deseable que en tales supuestos se optase también por suspender la inscripción dándole traslado al fundador para que éste tenga la opción de subsanarlas o incluso de desistir de su constitución. A nadie se le escapa que pueden existir menciones consideradas por el legislador como superficiales y que sin embargo son de capital importancia para quien decide constituir una fundación.

Llegados a este punto, y hechas las consideraciones anteriores que son más bien generales resta pronunciarnos acerca de las específicamente

¹⁸ En este sentido señalar que el mencionado art.3 establece que «las fundaciones de interés gallego se regirán por la voluntad de la persona fundadora, por sus estatutos y, en todo caso por la ley».

¹⁹ Idéntico al art.11.2º de la Ley 50/2002.

añadidas por el legislador autonómico y que difieren de las previstas en la Ley 50/2002. En tal sentido entendemos que la alusión a las actividades encaminadas al cumplimiento de los fines fundacionales, constituye una mera concreción del art. 12.1º.b) cuya utilidad puede encontrarse en que es una buena forma, su reiteración, de asegurarse la mención en los estatutos de los fines, pues se trata de un elemento esencial del negocio fundacional. En este entendimiento puede resultar positiva su previsión, pero más allá de tal consideración no parece tan clara su oportunidad porque su falta no supone la omisión de los fines fundacionales y sin embargo sí puede llevar a la suspensión de la inscripción como trataremos de explicar más adelante.

Distinto es el supuesto contemplado en el apartado g) del art.12.1º, (a tenor del cual en los estatutos deben plasmarse las causas de disolución y el destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación) toda vez que no encaja del todo bien con el precepto relativo a las causas y formas de extinción. Dicho de otra forma, el art.44 de la ley gallega refunde en su texto el tenor literal de los arts.31 y 32 de la ley 50/2002. En concreto el art.44 establece que: «1.La fundación se extinguirá: a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida. b) Cuando se hubiera realizado íntegramente el fin fundacional. c) Cuando sea imposible realizar el fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 41 y 42 de la presente Ley. d) Cuando así resulte de la fusión y de la escisión a que se refieren los artículos anteriores». e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos. f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes. 2. En el supuesto del apartado 1.a), la fundación se extinguirá de pleno derecho. 3. En los supuestos de los apartados 1.b), c) y e), la extinción de la fundación requerirá el acuerdo del patronato ratificado por el protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por el protectorado o el patronato, según los casos. 4. En el supuesto del apartado 1.d), requerirá que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 42 y 43 de la presente Ley».

A nuestro juicio la simple redacción ya pone de relieve que el legislador gallego al refundir los artículos de la ley estatal no tuvo en cuenta que en los estatutos de las fundaciones de interés gallego se exige como mención necesaria del estatuto las causas de disolución y destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación, pues entendemos que ello tenía que haberse reflejado en el art.44 al regular las causas y forma de disolución. Por ello, antes de incorporar el elenco de causas del art.31 de la Ley 50/2002, debería haberse referido a las causas de extinción previstas en los estatutos, sin perjuicio de mantener las diferencias que en función de la causa procedan respecto de la forma. Y ello es así porque la misión del precepto es distinta en uno y otro caso. En la ley estatal lógicamente no tienen por qué contemplarse en los estatutos las causas de extinción de ahí que prevea una serie de posibilidades reales a las que añade otras que se pudieran prever en los estatutos, pero en la ley gallega la causa de extinción es contenido necesario del estatuto. La cuestión se quedaría en algo dogmático si no fuese porque dependiendo de cuál sea la causa así será la forma de extinción. Por ello guiados por encontrar una interpretación del precepto que sea operativa consideramos que cuando la causa de extinción sea de las contempladas expresamente en el art.44.1º (apartados a, b, c, d y f) la forma será la prevista en el art.44.2º o 3º. Cuando se trate de cualquier otra causa será de aplicación el apartado e) del art.44.1 por lo que la forma de extinción será la prevista en el art.44.3. Así por ejemplo si la causa mencionada en los estatutos es la de expiración del plazo, es decir la misma a la que alude el art. 44.1º.a) la forma de extinción no será la prevista para el supuesto del art.44.1º.e), aún cuando se trate de causa recogida en los estatutos, es decir el acuerdo del patronato sino que se extinguirá de pleno derecho tal y como establece el art.44.2º.

Por lo que se refiere al gobierno de la fundación, en el supuesto de que el fundador o fundadores no se hayan reservado la gestión de forma vitalicia el gobierno, el funcionamiento y régimen económico de las fundaciones es muy similar al estatal. En concreto el patronato en la Ley 12/2006 se regula en los arts.15 y siguientes. Al patronato le corresponde el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración de los bienes

y derechos que integran el patrimonio de la fundación (art.15)²⁰. La composición del patronato es prácticamente la misma prevista que en la ley estatal²¹, mínimo de tres miembros entre los cuales uno será el presidente. Las funciones del presidente se explicitan en la propia ley (art.16.2º). Asimismo la capacidad para ser patrono, la responsabilidad y las causas de sustitución, cese y suspensión del cargo coinciden prácticamente con la legislación estatal²².

En cuanto a la gratuidad del cargo a diferencia de la ley estatal y con buen criterio sí se plasma un plazo para dar cuenta al Protectorado de la retribución fijada para aquellos miembros del patronato que presten servicios distintos de los que implica el desempeño de su cargo como tales.

La aceptación se hará en documento público y como la ley gallega específica puede ser en la propia carta fundacional o en escritura independiente, en documento privado con firma legitimada por un fedatario público, mediante comparecencia en el Registro de Fundaciones o ante el Patronato acreditándose la firma mediante certificación expedida por el secretario con el visto bueno del presidente, a diferencia en este último caso de la legislación estatal en la que se añade «con firma legitimada notarialmente». En la ley gallega esto se suprime lo cual está en línea con la opinión de algunos autores que en su día criticaron tal requisito. Por otra parte al igual que en el legislación estatal no se ha fijado un plazo para la aceptación del cargo y a diferencia de la legislación estatal (art.6 del Reglamento) tampoco se fija un plazo para comunicarlo al Protectorado de lo que cabe colegir la aplicación supletoria de ésta lo que nos lleva a la exigencia de un plazo de 1 mes.

Novedosa resulta la posibilidad de crear comisiones²³. En principio

²⁰ Se contempla en términos muy similares a la Ley 50/2002, en tal sentido confróntese el art.15 de la ley gallega mencionado en el texto con el art.14 de la ley estatal.

²¹ Cfr.art.15 de la Ley 50/2002.

²² Cfr. Arts.22 y 24 de la ley gallega con los arts.17 y 18 de la ley estatal.

²³ Es decir al margen de los órganos que puedan crearse para el mejor desarrollo de las funciones que corresponden al protectorado como consejos asesores y de estudio (art.18.3 LGF y art.16.2LEF). El legislador gallego prevé la posibilidad de que, cuando el volumen de la gestión o cualquier otra circunstancia lo aconseje, se constituyan comisiones a las que se podrán delegar las funciones y competencias

de estas comisiones habría que dar cuenta al protectorado pues se contemplan en el art. 20 de Reglamento²⁴. En definitiva en mayor medida que en la legislación estatal, que no prevé la creación de comisiones, se abre la posibilidad de constituir una fundación con una estructura orgánica compleja bastante alejado del sistema monista establecido por defecto. Lo cual por otro lado entronca con la posibilidad de otorgar poderes pues aquí la cuestión será si los poderes conferidos a las comisiones que se creen constituyen un supuesto de representación orgánica o lo son de representación voluntaria, lo cual no es una cuestión baladí pues el régimen jurídico de una y otra representación son diferentes²⁵.

Siguiendo con el análisis de los aspectos más destacables de la Ley 12/2006 debemos aludir al protectorado. A la hora de delimitar sus funciones el legislador goza de un amplio margen de libertad pues apenas está constreñido por los límites competenciales derivados de la Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002.

No vamos a entrar aquí en el concepto de protectorado algo por lo demás que omiten tanto el legislador autonómico como el estatal pero sí debemos partir de que se trata del ejercicio de una potestad administrativa de intervención a través de la cual se pretende garantizar la satisfacción del interés general sin que ello suponga, tal y como es admitido por la doctrina moderna mayoritaria, un límite o restricción a la libertad de crear fundaciones en ejercicio del derecho reconocido en el art.34 CE.

En cuanto su organización en Galicia el protectorado es múltiple

del patronato con las limitaciones de las funciones por indelegables (art.18.1 LGF que prácticamente coincide con el art. 16.1 LEF).

²⁴ En concreto el mencionado art.20 establece que «1. El patronato, si así lo prevén los estatutos, podrá crear consejos asesores y de estudio, así como órganos similares con funciones de apoyo y asesoramiento, para el mejor desarrollo de los fines fundacionales. De preverse su creación se procurará, en la medida de lo posible, una participación equilibrada de mujeres y hombres. La creación de estos órganos deberá ser notificada al protectorado. 2. La creación, modificación y supresión de estos órganos y el nombramiento y cese de sus miembros deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego». De hecho tal inscripción está prevista en el art.36 del Reglamento (aprobado por Decreto 15/2009, de 21 de enero)

²⁵ En este sentido es un clásico acerca de las diferencias de la representación voluntaria y la orgánica la monografía de DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Edit.Civitas, Madrid, 1979, págs.72 y ss.

pues no hay un solo organismo de la Administración de la Xunta de Galicia al que se le encomiende sino que tal y como prevé el art, 47 de la ley será «ejercido por los departamentos de la Xunta de Galicia que tengan atribuidas las competencias correspondientes a los fines de las fundaciones. Si las competencias sobre los fines estuvieran atribuidas a varios departamentos de la Xunta de Galicia, el protectorado será ejercido por el departamento competente en materia de fundaciones».

Sus competencias y funciones son variables aunque asistimos en la actualidad a una tendencia a restringir sus funciones fiscalizadoras y a potenciar la colaboración tal y como se desprende de la ya mencionada Exposición de Motivos. Es más puede afirmarse, y de ello también se hacen eco tanto la mencionada Exposición de Motivos de la Ley 12/2006 como la de la Ley 50/2002 que las funciones más importantes del protectorado en detrimento de la tradicional de control, son las de asistencia, apoyo y vigilancia.

Haciendo por un momento abstracción de la normativa gallega, se puede afirmar que la razón de ser del protectorado está en la desvinculación del fundador de la entidad que él mismo crea, si bien la ley gallega en este punto constituye una clara excepción, y su creación responde a la necesidad de velar por el cumplimiento de la voluntad del fundador, algo no presente en otras personas jurídicas en las que existen otros mecanismos de control y otros medios de exteriorizar sucesivamente la voluntad de su creadores. Si sólo fuera esa la idea motriz del patronato es evidente que en Galicia si el fundador hace uso de la facultad de reservarse para sí con carácter vitalicio la gestión de la fundación está asegurándose el cumplimiento y el respeto de su voluntad con lo que no sería necesario. Pero como quiera que el protectorado responde también a la necesidad de velar por el cumplimiento del interés general además de preceptiva e incuestionada su existencia resulta útil a pesar de la reserva.

En principio la Ley 12/2006 es una norma poco intervencionista, al menos esa es su pretensión, lo que se traduce en que la funciones del Protectorado se conciben más de asesoramiento y apoyo en detrimento de la fiscalización, reduciendo los actos de control del protectorado y

reformando la organización y funcionamiento del patronato.

De una primera aproximación y comparando la legislación estatal y la autonómica podría concluirse que son más las funciones atribuidas por el legislador gallego al protectorado sin embargo valorando su contenido consideramos que podría afirmarse lo contrario. En algunos supuestos el art.48 recoge funciones que también corresponden al protectorado de las fundaciones de competencia estatal pero que no se explicitan en el art.35 de la Ley 50/2002, bajo la rúbrica de Funciones del Protectorado, sino en otros contextos como ocurre por ejemplo con las modificaciones estatutarias²⁶.

Las funciones atribuidas por el legislador gallego pueden sistematizarse²⁷ siguiendo su desarrollo reglamentario de la siguiente forma: Funciones de apoyo, impulso y asesoramiento (art.53). Funciones referentes al proceso de constitución (art.54). Funciones en relación con el patronato (art.55). Funciones en relación al patrimonio de la fundación (56). Funciones relativas al cumplimiento de los fines fundacionales (art.57). Funciones en relación con la modificación, fusión, escisión y extinción de fundaciones (art.58) y funciones en relación con el ejercicio de acciones previstas legalmente (art.59).

Un primer análisis del contenido de Reglamento evidencia que se recogen no sólo las expresamente mencionadas en el art.48 de la Ley sino también otras muchas dispuestas sistemáticamente en otros capítulos de la misma. En ese sentido por ejemplo lo dispuesto en el art.10.4º de la Ley que prevé el otorgamiento de la escritura de fundación por parte del protectorado en el supuesto de constitución *mortis causa* para el supuesto de que no lo hubiese hecho el albacea testamentario o los herederos, aparece recogido en el art. 54.c del Reglamento.

El art.59.a) del Reglamento se hace eco de las previsiones del

²⁶ En este sentido cfr. art.48.1.h) Ley 12/2006, y art.29.4 ley 50/2002

²⁷ Seguimos la sistemática que en relación a la Ley 50/2002, proponen CABRA DE LUNA, M.A y DE LORENZO GARCIA, R en el «El Protectorado», en la obra colectiva *Comentario a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (Muñoz Machado, Cruz Amorós y De Lorenzo García dirs), Edit.Aranzadi, 2005, págs.513 y 514

art.22.3º.b) de la Ley en punto a la legitimación del protectorado para el ejercicio de las acciones de responsabilidad frente a los patronos, el cual a su vez se remite para su ejercicio al art.47 de la ley.

Por su parte cuando no se haya previsto en los estatutos la sustitución de algún patrono corresponderá al protectorado la designación provisional de la persona o personas que integrarán el órgano de gobierno de la fundación (art.24.1º) así como cuando el número de patronos fuese inferior a tres el protectorado podrá completar por sí mismo el número mínimo de patronos (art.24.2). Ambas posibilidades encuentran su reflejo en la enumeración de funciones del Reglamento en el art.55. b) y c).

El conocimiento por parte del protectorado de las enajenaciones a las que se refiere el art.29.1º de la ley, también se plasma en el art. 56. a) del Reglamento.

El ejercicio de acciones que corresponden al protectorado ex art.29.4º contra los patronos por los acuerdos que fueran lesivos para la fundación en los términos previstos en la ley y por lo actos lesivos de los patronos en relación con la aceptación y repudiación de herencias y donaciones (art.30.2º) se encuentran reflejados en el art. 59 del Reglamento. El art.38 de la Ley prevé que el protectorado solicite la intervención judicial de la fundación si no presenta las cuentas anuales durante dos ejercicios consecutivos así como, por remisión al art.50 de la Ley que asuma todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine el juez.

También en materia de modificación de estatutos se prevé que el protectorado requiera al patronato en el caso de que el patronato incumpla las previsiones legales o estatutarias (art.41.3º de la Ley) asimismo puede requerir a la fundación para que se fusione con otra de fines análogos que haya manifestado su voluntad favorable cuando sea incapaz por sí de alcanzar sus fines (art.42.5º de la Ley) todo lo cual tiene su reflejo en el art.58.c) del Reglamento.

La escisión debe también ser autorizada por el protectorado que podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado (art.

43.3º y 4º de la Ley). En los supuestos de extinción de la fundación y a falta de previsión del fundador o de legitimación del patronato corresponderá al protectorado decidir el destino de los bienes y derechos siempre dentro de los límites que establece el art.45.2º de la Ley es decir, a entidades no lucrativas privadas o entidades públicas que persigan fines de interés general, que desarrollen sus actividades en Galicia y que tengan afectados sus bienes, incluso en el supuesto de disolución, a la consecución de tales fines. Esta posibilidad recogida también al margen del art.47 de la Ley se contiene en el art.58.f del Reglamento.

La labor de asesoramiento y control del protectorado se evidencia también en el art.46.1º de la Ley en el procedimiento de liquidación de la fundación, es más a falta de patronato le corresponde designar de oficio a los liquidadores. Terminada la liquidación el protectorado verificará las cancelaciones y promoverá las inscripciones que procedan en el Registro (art.46.4º de la Ley). Cuando proceda la emisión de certificados deberá hacerlo en el plazo de 10 días desde la recepción de la solicitud y cuando se trate de autorizaciones el silencio se entiende en sentido positivo a partir de un mes desde la presentación de su solicitud (art.49 de la Ley).

Asimismo se legitima al protectorado para prorrogar hasta un máximo de un año el plazo de dos años previstos para la adaptación de los estatutos de las fundaciones ya constituidas (Disposición Transitoria Única 1).

Es por tanto evidente que las funciones del protectorado exceden con mucho a las previstas en el art.48 de la Ley y que con buen criterio, sin embargo, se recogen en el Reglamento que es por lo tanto más prolijo que el mencionado artículo y por ello más coherente con las funciones que le han sido atribuidas por el legislador a lo largo de la Ley 12/2006.

Pero sin duda lo más destacable del análisis comparativo de la legislación estatal y la autonómica es que en principio la ley gallega en el artículo relativo a las funciones no recoge la prevista en el art.35.1 a) de la ley estatal de informar con carácter preceptivo para el Registro de la fundación sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia de la dotación de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución,

con lo que ello implica, por lo que, de partida, la Ley gallega resultaría mucho más flexible que la estatal. Sin embargo dicha percepción cambia radicalmente como consecuencia de lo previsto en el art. 52.3º de la Ley y el art.54 del Reglamento. Parece como si quisiera ocultarlo y dar una apariencia de flexibilidad mayor, cuando era algo innecesario, podría haberlo omitido, pues con ello no estaría vulnerando los límites impuestos por la Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002 y resultaría absolutamente coherente con el tenor de la Exposición de Motivos²⁸. Crea unas expectativas que no se concilian del todo bien con el contenido de su articulado. En tal sentido consideramos que puede tratarse de una maniobra de despiste, al trasladar el informe preceptivo y vinculante de su sede natural el art.48 de la Ley en el que se regula el protectorado, al art.52.3º de la Ley relativo al Registro de Fundaciones de Interés Gallego, y simplemente de eso. El tenor del texto articulado de la Ley y su desarrollo reglamentario no dejan lugar a dudas, en concreto, el mencionado art.52.3º establece que «la inscripción de las fundaciones, que deberá contener los requisitos exigidos en el artículo 11 de la presente Ley, requerirá, en todo caso, un informe favorable del protectorado, en cuanto a la idoneidad de los fines de interés gallego y a la determinación de la suficiencia de la dotación» lo cual se ratifica en el art.54.b) del Reglamento que en relación con el proceso de constitución de la fundación corresponde al protectorado «informar, con carácter preceptivo y vinculante, sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia de la dotación de las fundaciones que estén en proceso de constitución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre».

²⁸ En la Exposición de Motivos se nos dice textualmente que «debe estimularse la iniciativa privada en la realización de fines de interés general, prestando apoyo y cobertura al protagonismo que la sociedad reclama y ejerce a través de una variada gama de entidades sin ánimo de lucro, para lo cual flexibiliza su régimen jurídico» y más adelante especifica que «esta normativa se configura como poco intervencionista, por lo cual el protectorado desempeña un mayor número de funciones de asesoramiento y apoyo en detrimento de medidas de fiscalización, mediante la simplificación de trámites administrativos, la reducción de los actos de control del protectorado», poco después de tales afirmaciones señala que «el capítulo VII (artículos 47 a 51) se dedica al protectorado y establece las normas relativas a su organización y atribuciones, entre las que destacan las funciones de impulso, apoyo y asesoramiento, tanto para las fundaciones ya constituidas como para las que se encuentren en proceso de constitución».

El legislador gallego ha hecho caso omiso de la polémica que su exigencia generó en el ámbito estatal y construye una barrera para el acceso de las fundaciones al Registro toda vez que en virtud de los arts.82 y 83 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPAC) sólo pueden considerarse informes facultativos y por ello no vinculantes cuando no exista disposición expresa en contrario cosa que sí se produce en la Ley 50/2002 y que reproduce, a nuestro juicio inoportunamente, el legislador gallego del 2006, porque por un lado se pierde la flexibilidad que anuncia lo cual unido a un protectorado múltiple, nos avoca a resultados carentes de seguridad jurídica, cuando valor inseguridad jurídica mal se cohonestaba con la iniciativa fundacional que, por otro lado, se pretendía impulsar.

Por último constituye una novedad con relación a la legislación estatal la función de interpretar, suplir e integrar la voluntad del fundador cuando fuera necesario conforme a la presente ley.

Finalmente resulta llamativo el último párrafo del art.48.1º de la Ley que establece que «en el ejercicio de las funciones a que se refieren los apartados anteriores se solicitará asesoramiento al Servicio de igualdad cuando fuera necesario o conveniente a los efectos de integrar activamente la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y, especialmente, cuando las funciones de protectorado se ejerzan respecto a una fundación entre cuyas finalidades se encuentre el respaldo a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres» que será una constante en la legislación gallega, buena prueba de ello es que se repite en la Ley 16/2010²⁹.

III.- Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002 y su reflejo en la Ley 12/2006

Como ya avanzamos la comienzo del presente trabajo el reconocimiento constitucional del derecho de fundación (art. 34 CE) mediatiza sensiblemente su desarrollo legislativo y las posibilidades de

²⁹Vid. Infra epígrafe IV

actuación del legislador autonómico aun cuando haya asumido formalmente su competencia en el Estatuto de Autonomía. Buena prueba de ello es la Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002, muy similar y a la vez muy diferente de la contenida en la anterior Ley 30/1994.

Con el fin de analizar cómo se armoniza la mencionada Disposición con la actual Ley gallega de fundaciones y dejando al margen las precisiones y comentarios ya hechos al estudiar sus singularidades en el epígrafe anterior, consideramos ineludible partir de su tenor literal e ir analizando cada uno de sus apartados.

En tal sentido, la redacción actual de la Disposición Final 1ª en su párrafo 1º prevé que los arts. 2, 3.1º y 2º, el art.4, el art.14, los arts.31 y 34.1º constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el art.34 CE en relación con el 53 CE y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el art.149.1.1ª CE.

En primer lugar se alude al art.2 de la Ley 50/2002 que positiviza el concepto de fundación. Podemos afirmar que es prácticamente idéntico, la esencia coincide si bien la Ley gallega como ya se ha puesto de relieve añade al interés general para Galicia y desarrollen principalmente sus actividades y tengan su domicilio en el territorio de la Comunidad Autónoma.

El art.3.1º y 2º de la Ley 50/2002 se refiere a los fines y beneficiarios de la fundación que, en unos términos esencialmente similares, se encuentra reflejado en el art.4 de la Ley gallega si bien existen algunas diferencias de matiz que, a nuestro juicio, no suponen vulnerar el mandato del legislador estatal. Así se introducen los fines catastróficos, la promoción, fomento y difusión de la lengua y cultura gallega, el fortalecimiento institucional de Galicia. Asimismo, en vez de medioambiente se alude a medio natural de Galicia, y añade a la promoción de los valores constitucionales los estatutarios, la economía productiva de Galicia, el respaldo a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y otros fines de interés general para Galicia que sean de naturaleza análoga.

El art.4 de la Ley estatal regula la adquisición de la personalidad jurídica de la fundación, en tal sentido podemos constatar que el art.5.1º y

2º de la Ley gallega coinciden con el apartado 1º del art.4 y el art.5.3º con el párrafo 2º del art.4.

En el art.14 de la Ley 50/2002 se configura el patronato como órgano ineludible de gobierno de las fundaciones, previsión que coincide absolutamente con el art.15 de la Ley gallega.

El art.31 de la Ley estatal contiene las causas de extinción de la fundación el cual se reproduce en el art.44 de la Ley gallega, es más esta última incluso lo recoge prácticamente en los mismos términos.

El art.34.1º de la ley 50/2002 relativo al protectorado, existencia y competencias generales se repite básicamente en el art.47.1 de la ley gallega si bien en este precepto se añade una suerte de concepto, antes de aludir a su cometido, señalando que es el órgano administrativo de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones. Lógicamente el órgano administrativo competente se inserta en el caso de las fundaciones estatales en la Administración General del Estado, mientras que en las de interés gallego se integra en la Xunta de Galicia.

A continuación el párrafo 2º de la mencionada Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002, en su apartado a) establece que los arts. 6, 7 y 37.4º son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1ª y 8ª de la Constitución.

A diferencia del anterior párrafo 2º de la Disposición Final 1ª de la Ley 30/1994 en la que se aludía únicamente al art.149.1.8ª, en la actualidad se hace también un llamamiento al art.149.1.1ª, lo cual no ha pasado desapercibido a la doctrina y existe abundante literatura jurídica en torno al mismo, por nuestra parte compartimos la opinión de quienes sostienen que se trata de un error.

Centrándonos en los artículos recogidos en la mencionada Disposición se trata de la regulación del domicilio (art.6), las fundaciones extranjeras (art.7) y los registros públicos (art.37.4º). Pues bien a este respecto hemos podido constatar que la Ley gallega es fiel a lo dispuesto en la Ley estatal con las necesarias salvedades derivadas de su ámbito de aplicación pues se sustituye España y territorio español por Galicia y

territorio de la Comunidad Autónoma, por tanto coinciden con el tenor de los arts.7, 8 y 53.8º respectivamente, algo que por lo demás confirma la Disposición Adicional 1ª de la Ley 12/2006 relativa a los preceptos cuya redacción resulta conforme con la Ley 50/2002.

El apartado b) de la Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002, hace referencia a los «arts. 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17.1º y 2º, 18.1.2º y 4º, 19.1º, 22.1º y 2º, excepto el último inciso 29.1º, 2º, 3º y 5º, 30.1º, 3º, y 4º, 32 y 42 constituyen legislación civil y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o Especial, allí donde exista».

Por consiguiente la legislación estatal en esos puntos puede ser desplazada por la legislación de la comunidad autónoma que será de aplicación preferente. En concreto se trata de la denominación (art.5), la capacidad para fundar (art.8), las modalidades de constitución (art.9), la escritura de constitución (art.10), el contenido de los estatutos de la fundación (art.11), la dotación (art.12), la fundación en proceso de formación (art.13), la responsabilidad de los patronos y su relación con el Registro (art.18.1º, 2º y 4º), la composición del patrimonio de la fundación (art.19.1º), la aceptación de herencias (art.22.1º y 2º excepto el último inciso), la modificación de los estatutos de la fundación (art.29.1º, 2º, 3º y 5º), la fusión entre fundaciones (art.30.1º, 3º y 4º), las formas de extinción (art.32), la intervención temporal de la fundación (art.42).

En definitiva el párrafo 2 de la Disposición Final 1ª distingue entre aquellos preceptos que son de aplicación a todo el territorio por ser competencia exclusiva del Estado y aquellos respecto de los cuales tendría preferencia el Derecho de la Comunidad Autónoma siempre y cuando sea de las que tengan competencia para el desarrollo, modificación conservación etc de los Derechos civiles especiales, como es el caso de Galicia.

Por lo que respecta al párrafo 3 de la disposición objeto de comentario establece que los arts. 17.3º, 18.3º, segundo párrafo del 21.3º, último inciso del art. 22.2º, art 35.2º y 43 constituyen legislación procesal, y son de aplicación general al amparo del art.149.1.6ª CE. Por lo tanto

quedan fuera de la competencia legislativa las siguientes materias: la acción de responsabilidad (art.17.3º), la suspensión de los patronos (art.18.3º), la acción de responsabilidad que debe ejercer el protectorado por actos de enajenación o gravamen lesivos (art.21.3º segundo párrafo), la aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas (art.22.2º último inciso), la legitimación del protectorado para ejercer la acción de responsabilidad e instar el cese de los patronos (art.35.2º) y, por último los recursos jurisdiccionales (art.43).

Para valorar si la Ley gallega de fundaciones cumple con esta previsión es preciso analizar cada uno de las materias afectadas. Así por lo que respecta a la acción de responsabilidad (art.22.3º de la ley gallega), la suspensión de los patronos (art.24.5º de la ley gallega) y la aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas (art.30.2º último inciso de la ley gallega) hemos podido comprobar que la redacción es la misma y, por tanto, respeta los límites competenciales y además aparecen mencionados en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 12/2006 como preceptos cuyo contenido ha sido redactado «de conformidad con los preceptos de aplicación general de la Ley 50/2002».

Por lo que se refiere a la acción de responsabilidad civil de los patronos se regula en la ley gallega en el art.29.4º y su redacción coincide con la del art.21.3º segundo párrafo, aún cuando no aparece mencionado en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 12/2006, lo cual a nuestro juicio constituye de un despiste del legislador. Lo mismo puede afirmarse en relación a los recursos jurisdiccionales pues la redacción del art.51 de la Ley 2/2006 es similar al art.43 Ley 50/2002. Y finalmente por lo que respecta a la legitimación del protectorado para ejercer las acción de responsabilidad civil e instar el cese de lo patronos que se regula en el art.35.2º de la Ley 50/2002 se regula en la Ley 12/2006 en el art.48.2º en términos prácticamente idénticos, difiere únicamente en los números de los preceptos a los que alude que por lógica no coincide pues ambas normas tienen un número diferente de artículos.

Por último el párrafo 4 de la Disposición Final 1ª establece que los restantes preceptos de la Ley serán de aplicación a las fundaciones de

competencia estatal. Consiguientemente serán de aplicación a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el Territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma (art.36.1) y asimismo las que desarrollan principalmente su actividad en el extranjero por consiguiente quedan fuera del ámbito de la ley gallega y de nuestro estudio.

IV.- Valoración y crítica

La ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, constituye un claro ejemplo de estabilidad con lo que ello supone de garantía de seguridad jurídica valor que debería cotizar en alza en tiempos de crisis económica como el actual.

Transcurridos casi 7 años desde su aprobación y entrada en vigor³⁰ apenas ha sido modificada. La única reforma, más formal que sustantiva, es la operada por la Ley 16/2010, de 17 de diciembre de Administración General y sector público de Galicia, que ha derogado los arts.58 a 63 de la Ley 12/2006, pasando su contenido a formar parte de aquella (arts.113 a 120).

La reforma obedece a la actual distinción, recogida en la Exposición de Motivos de la Ley 16/2010, y plasmada en su art.45, entre *entidades públicas instrumentales*, (organismos autónomos, agencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariales y consorcios) cuyo régimen jurídico se concreta en los arts.54 a 99 y *entidades instrumentales integrantes del sector público* (sociedades mercantiles públicas y fundaciones del sector público) cuya regulación nos la proporcionan los arts. 100 y ss³¹, precisamente se ocupan de las fundaciones del sector público gallego los arts.113 a 120 y concordantes.

Como se trata de demostrar a continuación los cambios son más bien sutiles demanda fundamentalmente de la realidad vivida desde la entrada en vigor de la ley. En concreto el art.113 nos proporciona un

³⁰ A tenor de la Disposición Final Segunda entró en vigor al mes de su publicación en el DOGA

³¹ En concreto las sociedades mercantiles públicas están reguladas en los arts 100 a 112 y las fundaciones del sector público en los arts. 113 a 120.

concepto que coincide básicamente con el del derogado art.58 si bien resulta un poco más específico. A tenor del mismo «son fundaciones del sector público autonómico aquellas fundaciones en que concurran alguna de las siguientes circunstancias: a) Que se constituyan directa o indirectamente, con una aportación mayoritaria o exclusiva de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y/o de las entidades integrantes del sector público autonómico. b) Que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes y derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. c) Que cuyos ingresos provengan mayoritariamente de los presupuestos de la Comunidad Autónoma siempre que, en este caso, se posea la mayoría o se ejerza control análogo sobre sus órganos de gobierno y dirección. 2. La financiación de las fundaciones que reciban de la Administración de la Comunidad Autónoma o de las entidades integrantes del sector público, ya sea mediante concierto, convenio o contraprestación por prestación de servicios en general, así como mediante concesión de subvenciones, no determina por esta única circunstancia el carácter de fundación del sector público, sin perjuicio de su condición de poder ser adjudicador a efectos del régimen jurídico contractual. 3. En la constitución, así como en la adquisición del carácter de fundación del sector público autonómico de una fundación preexistente, será necesario que la designación de la mayoría de los miembros del patronato corresponda a la Administración pública autonómica». Resulta de ello que, por una parte, se añade un apartado el b) y por otra, un párrafo el 3º, lo que a nuestro juicio obedece a una pretensión no oculta de lograr un control más efectivo de las mismas como lo demuestra por ejemplo las exigencias en la composición del patronato.

Desaparece del concepto la alusión a la necesidad de que las fundaciones del sector público integren activamente en su organización y actividades la dimensión de la igualdad de oportunidad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos y a todos los niveles, algo que en principio resultaba redundante y archipresente. De todas formas aunque desaparece en sede de concepto, se recoge en la Disposición Adicional 1ª. En efecto la igualdad entre hombres y mujeres se concibe no sólo como un objetivo a

alcanzar por las fundaciones sino en general, en tal sentido se establece que «la Xunta, la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades integrantes del sector público autonómico garantizarán y promoverán, en su ámbitos de actuación, la aplicación del principio de igualdad en todas sus manifestaciones y, muy especialmente, en lo que afecta a la igualdad por razón de sexo e integrarán activamente en su organización y actividades, la dimensión de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos y a todos los niveles».

Por lo que se refiere a la creación y extinción de este tipo de fundaciones está prevista en el art.114 de la Ley 16/2010, que recoge el expediente de autorización así como la posibilidad de control del Parlamento que se mantiene en los mismos términos que el derogado art.59 siendo los cambios exclusivamente en cuanto a los requisitos que se exigen en la memoria económica (art.114.3º) que a su vez se remite para la concreción de los mismos al art.54.2º a tenor del cual, después de establecer con carácter general que la creación de entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico requieren autorización por ley, prevé que el anteproyecto de ley de autorización vaya acompañado de una memoria en la que se precisarán los siguientes aspectos: a) el objetivo y fines que se persiguen con la creación de la entidad propuesta, b) el tipo de entidad y su justificación y c) las consecuencias organizativas de la creación de la entidad propuesta y, en particular, su incidencia sobre las funciones y competencias de otros órganos o entidades preexistentes y d) los recursos que garanticen la viabilidad económico-financiera de la entidad propuesta, previo informe favorable de la consejería competente en materia de hacienda.

Por lo demás el art. 114 recoge de forma muy similar al derogado art 59.1º que «la constitución, transformación, modificación de estatutos, fusión y extinción de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma, los actos que impliquen pérdida de su carácter de fundación del sector público autonómico, o la adquisición de tal carácter por una fundación preexistente, deberán ser autorizados por acuerdo del Consejo de la Xunta, que determinará el contenido de los estatutos y designará a la persona o

personas que deban actuar en el acto de constitución, así como los miembros que, en representación de la Xunta de Galicia, formen parte del patronato». De la comparación de ambos puede colegirse que quizá el actual sea un poco más técnico, *vgr.* se refiere a constitución en vez de creación, y más concreto pues alude de forma expresa a la transformación y a la fusión, con lo cual se da entrada a otros posibles supuestos además de la pérdida del carácter de fundación del sector público autonómico o la adquisición de tal carácter mencionados en la redacción anterior del artículo.

En cuanto a su régimen jurídico el art.115 reproduce literalmente lo previsto en el derogado art.60.1º y 2º por cuanto dispone que: «1. Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma no podrán ejercer potestades públicas. Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de sus fines, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de sus competencias, salvo previsión legal expresa. 2. El protectorado de estas fundaciones será ejercido por el departamento de la Xunta de Galicia que ejerza las competencias correspondientes a los fines de la fundación». Sin embargo ha desaparecido la previsión del párrafo 3º que establecía que «las fundaciones cuya dotación fundacional fuera totalmente aportada por la Xunta de Galicia, o en las que ésta tenga un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades, tendrán la consideración de medio propio e instrumental a los efectos previstos en el artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En estos casos, la Xunta de Galicia podrá encomendarles la ejecución de obras, suministros o servicios públicos de su competencia. Las encomiendas se instrumentarán a través de encargos de realización obligatoria, cuya ejecución supervisará el ente encomendante. En los casos en que para la efectividad de la encomienda la fundación pública precisara prestaciones por parte de terceros, su adjudicación quedará sometida a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la presente Ley». El párrafo 4º del art.60 está en la actualidad refundido junto con el art.62 en los arts.118 y 119 relativos al régimen presupuestario, económico financiero, contabilidad, comisión de

auditoría y control. En ellos se establece que «el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control de las fundaciones reguladas en esta sección es el establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia» y que «las fundaciones del sector público autonómico que, conforme a la normativa aplicable, estén obligadas a someter sus cuentas a auditoría deben constituir una comisión de auditoría y control, dependiente del patronato, con la composición y funciones que se determinen en los estatutos de cada fundación» respectivamente.

Por lo demás en materia de contratación, el art. 116 relativo al personal laboral (al igual que en la redacción del anterior art. 61) prevé que tanto la composición, funcionamiento, bases de convocatorias y pruebas de selección se regirán por la legislación gallega sobre empleo público y las normas reglamentarias que la desarrollen. Antes se aludía a la Ley de Función Pública de Galicia³² pero con acierto el legislador prescinde de tal especificación y opta por una fórmula más amplia pero no por ello ambigua o insegura. Por lo que respecta a los demás contratos con mayor precisión en la actualidad se remite no a la legislación de contratos de las administraciones públicas sino a los principios y disposiciones aplicables de la legislación estatal y autonómica en materia de contratos del sector público, siguiendo la tendencia apuntada.

Finalmente, el actual art.120 cierra el régimen jurídico de las fundaciones del sector público gallego aludiendo a los principios y procedimientos en materia de subvenciones y, con una técnica similar a la empleada en los demás preceptos a la hora de remitirse a otras leyes, evita de nuevo la concreción estableciendo simplemente que serán de aplicación en su integridad a las fundaciones del sector público de Galicia los principios previstos en la legislación general sobre subvenciones. En la Ley 12/2006, el actualmente derogado art.63 se remitía específicamente a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, norma que sigue siendo de aplicación

³² Se trata de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, que ha sido derogada por el Dlg 1/2008, de 13 de marzo que aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia (modificado en la actualidad por la Ley 2/2009, de 23 de junio (relativa a los derechos lingüísticos de los gallegos).

pues se entiende llamada por la remisión genérica en tanto en cuanto a día de hoy sigue vigente.

Por lo demás aun cuando la reforma operada merece una valoración positiva pues creemos que ha tenido como elemento motriz el dar respuesta a las demandas resultantes de la práctica no podemos concluir ignorando el desajuste, cuando menos muy poco estético, que ocasiona la mencionada reforma por cuanto no se ha modificado la normativa concordante. Especialmente sangrante es el Reglamento de Fundaciones de interés gallego (Decreto 14/2009, de 21 de enero) cuyo Capítulo IX dedicado íntegramente al desarrollo de las fundaciones del sector público de Galicia (arts.77 a 86) sigue remitiéndose a los artículos ya derogados y por tanto vacíos de contenido de la ley 12/2006, pero por desgracia hay más ejemplos³³ y constituye un fenómeno que empieza a ser relativamente frecuente en la realidad legislativa no sólo autonómica sino también estatal, algo que debería invitarnos a reflexionar.

³³Como la Ley 10/1996, de 5 de noviembre. En definitiva de sólo se mantiene en vigor el Decreto 217/2008, de 25 de septiembre regulador del contenido mínimo de las propuestas de creación de nuevas entidades del sector público autonómico, que a su vez sigue aludiendo a artículos derogados vgr. arts.2 y 7.