EXTRACTO DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO N.° 1.636/2002, SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE FUNDACIONES*

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 9 de julio de 2002, con asistencia de los señores que al margen se expresan (Cavero Lataillade, Presidente; Lavilla Alsina; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; Arozamena Sierra; De Mateo Lage; Sánchez del Corral y del Río; Vizcaíno Márquez;

* La mayor parte de las consideraciones relevantes recogidas en los *antecedentes* son posteriormente recuperadas por el Consejo de Estado, ya en el cuerpo del *dictamen*, para su comentario y valoración. De esa primera parte del texto quizá sólo quepa rescatar los objetivos recogidos en la exposición de motivos de la Ley [«la revisión de dicho marco legal viene aconsejada por la necesidad de recoger algunas experiencias del Derecho comparado para fortalecer el fenómeno fundacional y dar respuesta a las demandas de las Fundaciones para superar ciertas "rigideces" de la regulación anterior que, sin suponer claras ventajas para el interés público, dificultaban el adecuado desenvolvimiento de la actividad fundacional: simplificación de trámites administrativos, reducción de los actos de control del Protectorado, reforma del régimen de organización y funcionamiento del Patronato (...) Los objetivos que pretende alcanzar la nueva regulación son: 1.° Reducir al mínimo indispensable la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento interno de las Fundaciones (...) 2.° Flexibilizar y simplificar los procedimientos, especialmente los de carácter económico y financiero, eximiendo a las Fundaciones de menor tamaño del cumplimiento de ciertas obligaciones exigibles a las de mayor entidad. 3.° Dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general»], así como algunas consideraciones recogidas en el Informe del Consejo Económico y Social aprobado en la sesión ordinaria del Pleno de 20 de marzo de 2002 [«con carácter general estima que del texto remitido no se desprende que la nueva norma suponga un avance significativo en términos de reducción de la intervención pública. Echa en falta, asimismo, medidas tendentes a potenciar las funciones de impulso y fomento de las Fundaciones (...) Finaliza valorando positivamente el contenido del anteproyecto en la medida en que da respuesta a las necesidades de flexibilidad y autonomía de un sector que contribuye de forma creciente a vertebrar la sociedad»] y en las alegaciones formuladas por el Presidente del Centro de Fundaciones el 19 de junio de 2002 [«considera que la intervención de la Administración en la actividad fundacional a través del Protectorado aparece en el anteproyecto acentuada en los artículos 6.4, 11 y 34.1.a), 12.2 y 17.2.f), 20.1, 30, 27, 28.4 y 31.2»].

Pérez-Tenessa Hernández; Sanz Boixareu, Secretario General accidental), emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

(...)

III. Consideraciones generales

El artículo 34 de la Constitución establece que «se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley», y que «regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22» («las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales» y «las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada»).

Se trata de un derecho que la Constitución introduce entre los derechos y deberes de los ciudadanos de la Sección 2.ª del Capítulo Segundo del Título I. Por ello, de conformidad con el artículo 53.1 de la Constitución, vincula «a todos los poderes públicos» y «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse (su) ejercicio», que se tutelará de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a). No figura entre los derechos susceptibles de suspensión cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio (artículo 55.1 CE).

La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general, contiene hoy la regulación de este derecho y procedió, como destaca su exposición de motivos, a la acomodación de la regulación de las Fundaciones a la Constitución y a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El anteproyecto consultado se presenta, según la exposición de motivos, como un texto que revisa el marco legal vigente y que aborda la regulación sustantiva y procedimental de las Fundaciones, dejando para otra norma legal los incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, por ser una materia que presenta unos perfiles propios. El anteproyecto sigue la estructura de la Ley vigente (salvo en lo relativo al Título II) y mantiene la redacción de algunos de sus preceptos, en ocasiones con pequeñas modificaciones. No obstante, contiene importantes novedades como se verá a continuación.

1. En primer lugar figura como novedad en el anteproyecto la presunción de suficiencia de la dotación cuyo valor económico alcance los 50.000 euros (artículo 11), manteniéndose la necesidad de que la dotación sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Si la dotación es de inferior valor, se prevé que el fundador debe justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos. También se establece

que, excepcionalmente, la dotación deberá ser de valor superior cuando, a juicio del Protectorado, ello resulte objetivamente justificado, en atención a los fines específicos de la Fundación. El artículo 34.1.a) establece como función del Protectorado «informar sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las Fundaciones que se encuentren en proceso de constitución». En caso de informe desfavorable, el Registro de Fundaciones no procederá a la inscripción de la Fundación.

La Confederación Española de Fundaciones proponía inicialmente disminuir la dotación a 25.000 euros (luego a 3.000 euros) y suprimir la posibilidad de que el Protectorado eleve o reduzca la cuantía. El Centro de Fundaciones considera que el Protectorado no debería tener la facultad de juzgar acerca del coste de la persecución de los fines por la Fundación. El Consejo General del Notariado propone que sea el encargado del Registro el que valore la suficiencia de la dotación. El Consejo Económico y Social sugiere reducir la cuantía a 3.000 euros y suprimir las facultades del Protectorado para aceptar una menor dotación o para obligar a superar el límite fijado.

A juicio del Consejo de Estado, puede mantenerse lo dispuesto en el artículo 11.1, ya que no se establece una cuantía mínima para el válido establecimiento de una Fundación que impidiese la constitución de Fundaciones con dotaciones económicas menores a dicha cuantía, sino sólo una presunción *iuris tantum* de que la dotación es suficiente cuando alcance 50.000 euros. Dicha presunción no exime de la valoración, en cada caso, de la adecuación y de la suficiencia de la dotación en atención a los fines; únicamente obliga a las Fundaciones cuya dotación sea de menos de 50.000 euros a la presentación del primer programa de actuación y de un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos. La cuantía prevista no resulta excesiva para el establecimiento de la referida obligación. La intervención del Protectorado en cuanto a la suficiencia de la dotación figura en el artículo 36.2 de la Ley vigente y responde a la finalidad de dicha institución que, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo, es «asegurar el cumplimiento de los fines de la Fundación y la recta administración de sus bienes», por lo que no resulta objetable que se le atribuya aquella función.

2. En segundo lugar, se admite expresamente en el artículo 14 la posibilidad de fijar una retribución para los patronos que presten a la Fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado. La Ley vigente, aunque establece en el artículo 13.4 que los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin que en ningún caso puedan percibir retribución por el desempeño de su función, no impide, como señaló el Consejo de Estado en su dictamen 1.035/96, que puedan desarrollar actividades para la Fundación (distintas de las propias del cargo de patrono), actividades que no se verían afectadas por el principio de gratuidad, si bien el Protectorado que, con arreglo al artículo 26 ha de autorizar los contratos de los patronos

con la Fundación, habría de denegar la autorización cuando se pretenda utilizar la autocontratación de manera fraudulenta o con un desvío de los fondos de la Fundación desde los fines que justifican su existencia hacia el lucro personal de los patronos.

A juicio del Consejo de Estado, cabe admitir la nueva formulación, ya que el principio de gratuidad se enuncia de un modo categórico, como regla general, y la posibilidad de excepción aparece vinculada tanto a la voluntad del fundador como a la autorización del Protectorado, para evitar las distorsiones y perturbaciones que, por la vía de esas retribuciones, pudieran producirse en la vida y funcionamiento de las Fundaciones y en las expectativas mismas de preservar y procurar la consecución de los fines fundacionales.

3. Otra de las novedades recogidas en el anteproyecto figura en su artículo 23 y permite a las Fundaciones «desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean accesorias de las mismas, con sometimiento, en su caso, a las normas reguladoras de la defensa de la competencia». El reconocimiento expreso de la posibilidad de que las Fundaciones realicen actividades económicas ya se introdujo en el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas, aprobado por Decreto 2930/1972, de 21 de julio, cuyo artículo 28 permitía realizar las actividades industriales o mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta al Protectorado; en los demás casos, no podrían ejercer tales actividades sin previa y expresa autorización del Protectorado. En parecido sentido se han producido algunas disposiciones autonómicas (el artículo 21 del Decreto 248/1992, de 18 de junio, de la Xunta de Galicia; el artículo 25 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del País Vasco, que permite realizar actividades mercantiles o industriales cuando tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos; el artículo 20.3 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de la Comunidad Valenciana, que se refiere a las actividades mercantiles o industriales que coincidan con el objeto o la finalidad específica de la Fundación; el artículo 27 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Canarias, que permite realizar actividades empresariales cuando estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean estrictamente necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional; el artículo 36 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Cataluña, que permite a las Fundaciones llevar a cabo directamente explotaciones económicas si el ejercicio de la actividad constituye por sí mismo el cumplimiento del fin fundacional o de una parte de él y si se trata de una actividad accesoria, complementaria o subordinada respecto al citado fin o parte de él). La Ley estatal vigente, aunque no contiene una declaración expresa en tal sentido, como la ahora proyectada, indica en su exposición de motivos que merecen destacarse dos aspectos que inciden sobre la actividad de las Fundaciones: «el primero es la posibilidad de que ejerzan directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales»; el segundo (artículo 23.6) es que «la contabilidad de las Fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades

mercantiles o industriales». La regulación proyectada viene a aclarar la posibilidad de realizar actividades económicas delimitando su posible objeto. Debiera precisarse la relación de accesoriedad, siempre con el propósito de mejor alcanzar los fines fundacionales.

4. El artículo 29 del anteproyecto permite expresamente la fusión de las Fundaciones, aun en el caso de que mediare la prohibición del fundador, siendo precisa autorización judicial y que la Fundación hubiere devenido incapaz de alcanzar los fines fundacionales. El anteproyecto contiene, así, una regulación distinta a la vigente en lo que atañe a la modificación y fusión de las Fundaciones. Del apartado 1 del artículo 27 de la Ley 30/1994 resulta que la modificación, en caso de prohibición del fundador, requerirá la autorización previa del Protectorado; dicha posibilidad se suprime en el anteproyecto, que permite únicamente que el Patronato acuerde la modificación de los estatutos de la Fundación siempre que resulte conveniente a su interés y salvo que el fundador la haya prohibido. En la modificación por cambio de circunstancias de tal grado que la Fundación no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus estatutos, se prevé en ambos textos la modificación, a no ser que, para tal supuesto, el fundador haya previsto la extinción de la Fundación. Respecto de la fusión, el anteproyecto antepone el interés general y permite la fusión (aun siendo la extinción querida por el fundador), previa autorización judicial y cuando la Fundación hubiere devenido incapaz de alcanzar sus fines. El Consejo Económico y Social considera que, cuando el fundador hubiera prohibido la fusión, debería iniciarse un proceso de disolución o extinción de la entidad, en aras del respeto a la voluntad del fundador. En parecido sentido se manifiesta la Confederación Española de Fundaciones.

A juicio del Consejo de Estado, parece coherente: a) que el respeto a la voluntad fundacional impida cualquier modificación estatutaria, aunque resulte conveniente en interés de la Fundación, cuando exista prohibición del fundador (artículo 28.1); b) que se prevea la modificación de los estatutos cuando las circunstancias hayan variado de modo tal que la Fundación no pueda actuar, salvo que para tal caso el fundador haya previsto la extinción de la Fundación (artículo 28.2); y c) que se permita la fusión cuando, según la lógica del artículo 29 del anteproyecto, una Fundación sea incapaz de alcanzar sus fines pero pueda mantenerlos y procurarlos siendo absorbida por otra o creando con ella una nueva, supuestos en los que se producirá formalmente una extinción consecuente a la fusión, aunque con efectos distintos en cuanto al destino de los bienes y derechos de la Fundación extinguida.

5. Una importante novedad contenida en el anteproyecto es la regulación de las Fundaciones del sector público. Ya el artículo 6.1 de la Ley 30/1994 admitía que podrán constituir Fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, añadiendo el apartado 4 que las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir Fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario (artículos que permanecen iguales en el anteproyecto). En la regulación ahora examinada se dedica

el Capítulo XI (artículos 43 a 45) a las llamadas Fundaciones del sector público estatal. La disposición adicional tercera establece que las Fundaciones Públicas Sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, seguirán rigiéndose por su normativa específica y la disposición adicional cuarta añade que las Fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, continuarán rigiéndose también por su normativa específica, aplicándoseles los preceptos del Capítulo XI con carácter supletorio, lo que implica también la aplicación de otros artículos en virtud de lo dispuesto en el artículo 45.7. La disposición transitoria segunda prevé que las Fundaciones del sector público estatal ya constituidas deberán, en su caso, adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en el Capítulo XI de la Ley, en el plazo de dos años a contar desde la fecha de su entrada en vigor.

(...)

La primera cuestión que se suscita, respecto de la regulación del Capítulo XI de las Fundaciones del sector público estatal, es la relativa a la conveniencia de su inclusión en el anteproyecto examinado. El Consejo General del Notariado y el Centro de Fundaciones consideran que no es el lugar adecuado para la regulación de dichas Fundaciones. La justificación de esta observación parece radicar en que el anteproyecto desarrolla el derecho de fundación reconocido por el artículo 34 de la Constitución en cuanto instrumento de participación de los particulares en la realización de actividades de interés general, de modo que el reconocimiento del derecho de fundación a las entidades públicas no constituye una exigencia resultante del referido precepto constitucional, sino una decisión del legislador al articular la potestad organizatoria de la Administración y la utilización instrumental de formas jurídico-privadas (así, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Cataluña, a diferencia del artículo 6 de la Ley 30/1994, se refería sólo al derecho de fundación reconocido en la Constitución a las personas naturales o jurídicas privadas; la nueva Ley 5/2001 en su artículo 2 recoge dicha posibilidad indicando expresamente su preámbulo que proviene de la Ley 30/1994). Si a lo anterior se añaden las peculiaridades del régimen jurídico de este tipo de Fundaciones, resulta más adecuado que su regulación –la de las Fundaciones del sector público– se contenga en otro instrumento normativo distinto del presente que está fundamentalmente conectado con el desarrollo del derecho de fundación reconocido por el artículo 34 de la Constitución. Podría hacerse referencia en una disposición adicional a una futura Ley que las regulase.

En cuanto a su denominación, la sugerencia de que en ella, tras la palabra Fundación, figure el adjetivo «pública», formulada por el Centro de Fundaciones, aunque expresiva de la naturaleza del ente matriz, podría inducir a confusión con las fundaciones reguladas en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que se denominan «Fundaciones públicas» y se califican expresamente de organismos públicos y a las que no les resulta de aplicación, como se ha dicho, lo dispuesto en la Ley de Fundaciones, sino en última instancia la LOFAGE.

Por lo que concierne al contenido del anteproyecto, ha de recordarse que el único antecedente de una regulación general de este tipo de entidades está constituido por la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de Actuación de Entes y Empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Junta de Galicia en materia de personal y contratación (con anterioridad puede citarse el artículo 85 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1956) (...).

La creación de estas Fundaciones, según el artículo 44 del anteproyecto, requiere Acuerdo del Consejo de Ministros. Ya la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadió un nuevo apartado, el cinco, al artículo 6 de la Ley General Presupuestaria, en el que define las Fundaciones estatales, a los efectos de la Ley (apartado cuya modificación prevé la disposición final segunda del anteproyecto), y determina que su creación requiere en todo caso autorización previa del Consejo de Ministros (dicho precepto ya requería autorización para la creación de las sociedades mercantiles de su apartado 1.a). En el expediente de autorización se habrá de incluir una memoria justificativa de la forma de personificación por la que se opta y una memoria económica sobre la suficiencia de la dotación y sobre los compromisos futuros para garantizar su continuidad. Las principales características del régimen jurídico son que no podrán ejercer potestades públicas y sólo podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, sin que suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. En materia de contabilidad y auditoría de cuentas, se regirán por las disposiciones aplicables de la Ley General Presupuestaria, correspondiendo la auditoría a la Intervención General de la Administración del Estado, en los casos del artículo 24.5 de la Ley. La selección de personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria y la contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con tales principios (se utiliza una fórmula similar a la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y, en lo no regulado por dicho Capítulo, se aplicará la propia Ley de Fundaciones.

Respecto del Protectorado, se dice únicamente (artículo 45.2) que se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación, por la Administración General del Estado. Esta cuestión es una de las más problemáticas de las Fundaciones del sector estatal, ya que puede ocurrir que el mismo Departamento creador de la Fundación se reserve el Protectorado, de modo que podría darse (o parecer que se da) una reprochable indiferenciación entre las funciones de Protectorado y de dirección y control de la Fundación por la Administración matriz (el artículo 154 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, relativo a la transformación en

Fundación del organismo autónomo comercial «Escuela de Organización Industrial», dependiente del entonces Ministerio de Industria y Energía, establece que el Protectorado corresponde al Ministerio de Industria y Energía, al que también impone el deber de otorgar la escritura de constitución de la Fundación y realizar la aportación de los bienes). Ello altera las relaciones entre Patronato y Protectorado tal y como están establecidas respecto de las Fundaciones constituidas por personas privadas. La cuestión es de difícil solución, siendo una de las posibles opciones separar del ente público fundador el ejercicio del Protectorado y ampliar la composición y autonomía del Patronato, sin llegar a la solución sugerida por la Confederación Española de Fundaciones consistente en suprimir pura y simplemente el control del Protectorado.

Nada se dice de las causas de extinción de la Fundación ni del destino de sus bienes, supuestos en los que habrá de aplicarse el régimen general, en virtud del artículo 45.7, si bien podrían suscitarse dudas respecto de la posibilidad de extinción de la Fundación por voluntad del fundador o del patronato o la reversión de los bienes al fundador, en los casos en que ninguna previsión se contenga en los estatutos.

6. La disposición final primera del anteproyecto determina los artículos que se consideran condiciones básicas del derecho de fundación dictadas en virtud del artículo 149.1.1.ª de la Constitución, los que constituyen legislación civil dictados al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución y los que constituyen legislación procesal y se dictan en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.6.ª de la Constitución.

Por lo que se refiere al primer grupo de normas, las únicas diferencias respecto de la Ley vigente hoy radican en que lo dispuesto en el artículo 13.2 (función del Patronato) se considera en el anteproyecto dictado en virtud del artículo 149.1.1.ª de la Constitución (antes, en virtud del artículo 149.1.8.ª CE) y el artículo 7.1 del anteproyecto ahora se entiende dictado en virtud del 149.1.8.ª CE (antes lo era de conformidad con el artículo 149.1.1.ª CE).

La diferencia fundamental entre el texto vigente y el proyectado radica, sin embargo, en la enunciación de los artículos dictados en virtud del artículo 149.1.8.ª de la Constitución. La Ley 30/1994 distingue entre preceptos de aplicación general (relativos al domicilio, fundaciones extranjeras y eficacia del Registro, que se entiende sin perjuicio de la normativa reguladora de los demás Registros públicos) y preceptos dictados de conformidad con el mismo artículo pero de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial. El anteproyecto contiene una sola enunciación de artículos dictados en virtud del artículo 149.1.8.ª de la Constitución, que coincide prácticamente con el contenido de las dos relaciones anteriores (el contenido del artículo 8.4 en la Ley vigente no está incluido en ninguna de las dos relaciones y en el anteproyecto figura como legislación civil; en el artículo relativo a la dotación sólo el primer apartado es dictado en virtud del 149.1.8, mientras que en el anteproyecto lo son sus cuatro primeros apartados, si bien algunos son nuevos; en el artículo relativo a la

sustitución, cese y suspensión de los patronos sólo es legislación civil, en la Ley 30/1994, su apartado 2, mientras que en el anteproyecto también lo son los apartados 1 y 4; lo dispuesto en el apartado 21.2 del anteproyecto se considera por éste legislación civil, al igual que lo dispuesto en los artículos 28.5, 29.1 y 3 y 31.4 del propio anteproyecto), ya que gran parte de los nuevos preceptos incluidos en dicha relación se refieren a la inscripción en el Registro de determinados actos.

La formulación del anteproyecto se limita a señalar que los preceptos citados que constituyen legislación civil son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución, por lo que será de acuerdo con tal precepto constitucional como se determinarán cuáles de ellos sólo son de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial, sin predeterminar su interpretación, por lo que resulta preferible la redacción ahora propuesta. La única observación que cabe formular en esta materia es la relativa a la inclusión, como parte de la legislación civil, del artículo 33.1 relativo al Protectorado (ya incluida en el texto vigente), que pudiera encuadrarse mejor en el artículo 149.1.1.ª a la vista de las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 y 173/1998, según las cuales cabe entender dentro de las condiciones básicas «los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho», y a la vista de que el artículo 13.2 del anteproyecto sobre las funciones del Patronato, que antes se consideraba dictado en virtud del artículo 149.1.8.ª CE como se ha dicho, ahora, en el anteproyecto, se entiende dictado en virtud del 149.1.1.ª CE.

El criterio relativo a los artículos dictados en virtud del artículo 149.1.6.ª de la Constitución coincide en la Ley vigente con la regulación contenida en el anteproyecto; las diferencias se deben a la reformulación de algunos artículos y a la inclusión de los recursos jurisdiccionales en el artículo 42 de aquél.

IV. Observaciones al texto sometido a consulta

A continuación el Consejo de Estado pasa a examinar el texto del anteproyecto, analizando únicamente aquellos extremos que susciten alguna observación o sugerencia.

Exposición de motivos

En el apartado III se dice que la Ley establece una cuantía mínima de la dotación, cuando lo que establece es una presunción de suficiencia de la dotación a partir de una determinada cuantía. Debería aclarase este extremo. Al referir la posibilidad de retribución de los patronos, se dice: «siempre que el fundador no lo hubiese prohibido y que esas actividades impliquen para dichos patronos una dedicación especialmente significativa»; debe suprimirse la referencia a tal dedicación que no se traduce en ninguna exigencia específica en el texto del artículo 14.4 del anteproyecto.

Artículo 2

Al igual que en la Ley vigente, la enunciación de posibles fines de interés general que realiza el artículo no tiene carácter exhaustivo (la Ley 30/1994 finaliza la enunciación refiriéndose «a cualquiera otro de naturaleza análoga» y el anteproyecto comienza indicando que «pueden ser, entre otros...»). Se ha incluido alguno más («fortalecimiento institucional, desarrollo de la sociedad de la información») sin llegar a la larga relación de fines contenida en el artículo 32.1.a) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. El Consejo Económico y Social (y en parecido sentido la Confederación Española de Fundaciones) propone que se incluyan los relativos al fomento de la economía social, los de carácter laboral o de inclusión social o los incluidos en el reseñado artículo de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación. A juicio del Consejo de Estado, no hay inconveniente en que se incorporen dichos fines (el relativo a la «inclusión social» ya ha sido incorporado) a dicha relación dado su carácter ejemplificativo, como recuerda la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia. Una detallada enunciación puede simplificar la labor de apreciar la coherencia entre el interés general y los fines de una Fundación.

(...)

Artículo 20

Aun cuando algunas de las alegaciones que figuran en el expediente propugnan que todos los casos de enajenación y gravamen deberían someterse a comunicación al Protectorado y no a previa autorización, lo cierto es que la redacción proyectada del artículo 20 reduce tanto los supuestos de autorización como los de comunicación al Protectorado, sin que resulten excesivamente limitativos de la autonomía de las Fundaciones, siendo más restrictivas algunas Leyes de las Comunidades Autónomas (artículo 20 de la Ley 7/1983, de Galicia, y artículo 22 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de la Comunidad Valenciana), por lo que no se objeta este artículo.

(...)

Artículo 26

El Centro de Fundaciones y el Consejo General del Notariado proponen reducir al 50% el porcentaje de los resultados y otros ingresos que debería destinarse a los fines fundacionales. La mayoría de los órganos que han formulado observaciones proponen suprimir lo relativo a los gastos de administración (especialmente el Centro de Fundaciones y la Confederación Española de Fundaciones). Aunque pueden comprenderse las razones que justifican dichas observaciones, a juicio del Consejo de Estado el planteamiento realizado por el anteproyecto es razonable en lo que se refiere al porcentaje a destinar a los fines fundacionales, al plazo para el cumplimiento de la obligación y a los gastos deducibles (con específica mención de los gastos de adminis-

tración), sin que encuentre razones suficientes para objetar dicho planteamiento. Ha de tenerse en cuenta que el 70% es el mismo porcentaje que figura en la Ley vigente y es inferior al establecido por alguna Ley autonómica (80% en Galicia) e igual al establecido en el País Vasco, Comunidad Valenciana, Canarias, Cataluña (en la nueva Ley, pues la anterior establecía el 80%) y Madrid. El plazo de tres años es también el generalmente admitido para hacer efectivo dicho destino (País Vasco, Comunidad Valenciana, Canarias, Cataluña y Madrid).

(...)

Artículo 33

El apartado 2 de este artículo mantiene la regulación vigente señalando únicamente que el Protectorado será ejercido por la Administración General del Estado, remitiendo al Reglamento la forma de llevarlo a cabo. La Ley no opta por un Protectorado único o un Protectorado diversificado. El Centro de Fundaciones propugna que en este artículo la Ley debería inclinarse por un Protectorado único. El Consejo de Estado en el dictamen 272/96, de 22 de febrero de 1996, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, ya subrayó las dificultades de la pluralidad de Protectorados en orden a su determinación atendiendo a la naturaleza de los fines de la Fundación, dadas las atribuciones, muchas veces circunstanciales, de los Departamentos ministeriales. Es una cuestión compleja que puede regularse en la norma reglamentaria que desarrolle la nueva Ley. Ha de recordarse que las Comunidades Autónomas han utilizado diversos criterios (así, el País Vasco, la Comunidad Valenciana y Canarias han establecido un sistema de Protectorado único).

Artículo 36

(...) A la vista de la remisión contenida en el artículo 34 de la Constitución a su artículo 22.2, que califica de ilegales las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, se constata la ausencia de una previsión que dé efectividad a dicha declaración en el plano de la llamada «legalidad ordinaria», como la contenida en el artículo 30 de la citada Ley Orgánica 1/2002, relativa al régimen jurídico de la inscripción, cuyo apartado 4 se refiere a los casos en que «se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa» o «se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la entidad asociativa», en los que el órgano competente dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicando tal circunstancia a la entidad interesada y quedando suspendido en el primero de los casos el procedimiento administrativo hasta que recaiga resolución judicial firme. Podría incorporarse una previsión paralela con las necesarias adaptaciones.

Artículo 37

El Centro de Fundaciones considera que la Ley debería especificar que la representación de las fundaciones en el Consejo Superior de Fundaciones ha de ser paritaria con la de la Administración. Parece suficiente la inclusión de la referencia a las asociaciones de Fundaciones con implantación estatal (que en el artículo 38 de la Ley vigente no aparece) en la regulación del referido órgano consultivo, dejando al desarrollo reglamentario la determinación de los representantes de cada sector.

(...)

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, consideradas las observaciones contenidas en el cuerpo de este dictamen, puede someterse a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de «Ley de Fundaciones», para su posterior remisión como proyecto de Ley a las Cortes Generales.