

# El Derecho de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

*Edorta Cobreros Mendazona*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RÉGIMEN SUBVENCIONAL Y PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL DEL TERCER SECTOR EN ACCIÓN SOCIAL.—III. JURISPRUDENCIA.—IV. INFORMES DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS: 1. *Previo: las fundaciones del sector público*. 2. *Informe de Fiscalización de fundaciones con posición dominante en el sector público vasco 2006*. 3. *Informe del Inventario de fundaciones del sector público vasco a 31 de diciembre de 2008*.

## I. Introducción

En esta *Crónica* anual daremos cuenta de las actuaciones que han significado una relevante innovación o aplicación del Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Así, haremos una referencia a un par de reglamentos en materia subvencional y de participación, a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que dilucida un recurso en el que, bajo la apariencia de un puro óbice procesal, podemos detectar un problema de fondo que puede resultar más general en el ámbito de las fundaciones ligadas al sector público, y, finalmente, mencionaremos un par de informes del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, que por su objeto pueden tener interés aquí, pero de los que no hay que olvidar el retraso con que se elaboran y publican.

## II. Régimen subvencional y participación institucional del Tercer Sector en acción social

Merecen nuestra atención dos disposiciones reglamentarias: la primera, afecta directamente a algunas Fundaciones en un aspecto tan importante como es el subvencional en el concreto ámbito de la intervención social; la segunda es la que crea un órgano máximo consultivo y de participación del Tercer Sector que trabaja en la acción social.

En efecto, el Decreto 271/2012, de 4 de diciembre (*BOPV* de 18 de diciembre de 2012), del Gobierno Vasco, *regula las subvenciones para el fomento de actividades del Tercer Sector en el ámbito de la intervención social en el País Vasco*. Se trata de una completa regulación que pretende incluir las perspectivas o políticas transversales que deben tenerse en cuenta en la intervención social. Así, además de la inclusión social, las que tiene que ver con la familia, la infancia y la adolescencia, las personas mayores, las situaciones de dependencia y, en general de discapacidad, la integración de las personas inmigrantes (y, en general, la interculturalidad), y la libertad y diversidad afectivo-sexuales. No podemos ahora recoger la regulación en su integridad, pero sí indicar que sustituye —por expresa derogación— al anterior Decreto de 649/2009<sup>1</sup>.

Por su parte, el Decreto 283/2012, de 11 de diciembre (*BOPV* de 24 de diciembre de 2012), *constituye y regula la Mesa del Diálogo Civil que tiene por objetivo dar carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico al Diálogo Civil*, configurando el máximo órgano de carácter consultivo y de participación institucional del Tercer Sector de acción social en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

### III. Jurisprudencia

La única Sentencia de la que vamos a dar cuenta es la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 21 de diciembre de 2011 (rec. núm. 938/2010).

El recurso lo formula una Fundación privada contra el Acuerdo de la Diputación Foral de Gipuzkoa por el que se aprueba el Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de Asigarraga («Texto Refundido Adaptado», aprobado inicialmente por el Pleno del Ayuntamiento de Astigarraga). Pues bien, se plantea *a limine* un obstáculo procesal por parte de la Administración demandada, cual es la falta de legitimación activa de la recurrente, al no haberse adoptado válidamente un acuerdo por parte de la Fundación en el que se decidiera el planteamiento del recurso. De los hechos relatados se deduce que el Presidente de la Fundación no había participado en ningún acuerdo de tal tipo y que él no había convocado sobre el particular ninguna reunión del patronato y decía desconocer un acuerdo en tal sentido. Ahora bien, inmediatamente conviene precisar que el Presidente de la Fundación

---

<sup>1</sup> Al que hicimos referencia en la «Crónica» publicada en este *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, p. 453.

recurrente era, precisamente, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de As-tigarraga, directamente interesado en la actuación impugnada.

Pues bien, aunque finalmente desestimará la demanda, la Sentencia admite a trámite el recurso y lo hace con un razonamiento que merece reproducirse ahora (la cursiva está añadida):

«[E]l Tribunal ha de valorar con cautela la declaración del Presidente de la Fundación, que ostenta al mismo tiempo la condición de Alcalde de la localidad, habida cuenta de la contraposición de intereses que entre ambas instituciones se revelan por las actas de otras reuniones del Patronato. Pero más allá de ello debemos tener en cuenta *que la jurisdicción contenciosa no es el ámbito de discernimiento acerca de la validez o no de los acuerdos adoptados por una Fundación privada, pues ello forma parte del Derecho privado. Corresponde únicamente a la jurisdicción controlar la validez formal del título de legitimación para la presentación del recurso*, que es el acta firmada por el secretario de la Fundación en la que se da cuenta de que en la sesión de 12/3/2010, con tres miembros presentes (es decir, mayoría de los totales, pues son cinco) el Patronato acuerda la interposición del recurso. Si el alcalde considera que la reunión no fue conforme a derecho, le asiste el derecho de impugnación del acuerdo en la jurisdicción civil, como miembro que es, cosa que no consta que haya hecho, sin que pueda la Diputación ahora aducir esta cuestión con el llamamiento del alcalde al procedimiento en calidad de testigo, pretendiendo del Tribunal que se pronuncie sobre el fondo en lo relativo a la validez, pues excede de su cometido jurisdiccional, pues en nada compromete el interés público el vicio planteado. Además la Administración dispone el cauce, si lo hubiese considerado oportuno de interesar la actuación del Protectorado si considera que con la actuación del Patronato se compromete la finalidad de interés general protegida por la Ley 12/1994, de Fundaciones de Euskadi.

En consecuencia, al no constar la impugnación del acuerdo del Patronato de la Fundación de 12/3/2010 en la jurisdicción civil, y presentar la documentación adjuntada apariencia de validez en relación a la toma de decisión de recurrir (reunión reflejada en acta en la que se hace constar el sentir favorable de mayoría de miembros de la fundación sobre un asunto que formaba parte del orden del día, acta que por cierto fue leída y aprobada en la siguiente reunión de 21/6/2010, f. 2010, sin que nadie hiciese constar tacha o discrepancia alguna) se entiende correctamente acreditada la legitimación activa para al presentación de recurso contencioso a los efectos del art. 45.2.b.) LJCA».

Vemos, pues, que en este caso parece que podía haber una colisión entre los intereses de la Fundación y los de la Administración, quedando claro que

el proceso contencioso-administrativo no es el cauce apropiado para dilucidarla, sino que, en todo caso, eso sería competencia de la jurisdicción civil, por tratarse de una cuestión «interna» a la propia Fundación.

#### **IV. Informes del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas**

##### **1. *Previo: las fundaciones del sector público***

En este apartado, en el que la atención se centra, obviamente, en las fundaciones que operan en el sector público, vamos a hacer referencia a dos informes que tienen en común el no estar referidos a una Fundación en concreto sino que fiscalizan un conjunto de fundaciones, pero se diferencian en que el primero es un (clásico) «Informe de Fiscalización», mientras que el segundo es un «Inventario».

Pero antes de su pormenorización conviene que —siguiendo la doctrina constitucional al respecto— recordemos aunque sea someramente algunas de las características de esta figura específica de las fundaciones creadas por las Administraciones públicas.

Así, según tiene dicho el Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, debe indicarse de entrada que la creación de fundaciones por las personas jurídico-públicas no constituye el ejercicio del derecho de fundación proclamado por el artículo 34.1 CE. La proclamación del derecho de fundación para fines de interés general de este precepto constitucional implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente. Pero de la proclamación constitucional de este derecho fundamental *no se deriva el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas*.

El reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones deriva de una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el artículo 103.1 CE en el sentido de configurar el Derecho propio de la Administración pública de tal manera que a ésta le resulte posible actuar con eficacia. Del mismo modo, la decisión de un ente público de constituir una fundación para el cumplimiento de los fines que le son propios no supone el ejercicio del derecho

---

<sup>2</sup> En su STC núm. 120/2011, de 6 de julio, apoyándose en lo dicho anteriormente en su STC núm. 49/1988, de 22 de marzo.

de fundación reconocido a los particulares en el artículo 34.1 CE sino el de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales. *No nos encontramos en estos casos ante particulares que voluntariamente atienden fines de interés general, sino ante personificaciones instrumentales con forma fundacional constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tiene normativamente encomendados.*

La circunstancia de que quien actúa a través de estas fundaciones no sea un particular sino un ente público *no sólo determina en algunos extremos el régimen jurídico aplicable a las relaciones que entablan con terceros, sino que también afecta necesariamente a las potestades de intervención administrativa sobre las fundaciones* que se fundamentan precisamente en la necesidad de asegurar que estas últimas cumplan con los fines de interés general que justificaron su creación en ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 34.1 CE.

En el caso de las fundaciones del sector público, el servicio al interés general y la garantía de legalidad también resultan constitucionalmente obligados y, por tanto, capaces de habilitar potestades de control administrativo sobre su actuación, pero ello no tiene lugar en el marco de lo dispuesto en el artículo 34.1 CE —para fines de interés general, con arreglo a la ley—, sino en el que se deriva del artículo 103.1 CE, que llama a la Administración a servir «con objetividad los intereses generales», así como a actuar «de acuerdo con los principios de eficacia [y] jerarquía, ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Al igual que los instrumentos generales del Derecho de la organización, *el ejercicio de las funciones de registro y protectorado sobre las fundaciones del sector público sirve fundamentalmente a la garantía de la integridad de esos principios constitucionales.*

El carácter instrumental de las fundaciones del sector público determina también que el ejercicio de las competencias de control administrativo sobre su actuación tenga materialmente por objeto la actuación de la Administración territorial que se sirve de esa personificación, lo cual revela que su ejercicio no es aquí actividad administrativa de ordenación y limitación del desarrollo de actuaciones o del ejercicio de derechos por los particulares, sino que se enmarca en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los entes públicos —con independencia de cuál sea su régimen de personificación y de funcionamiento— a través de los cuales actúa el Estado, de modo que su regulación y ejercicio habrán de tener en consideración los presupuestos de constitucionalidad que de ello se derivan (entre los cuales se encuentra la configuración constitucional del Estado autonómico).

## 2. *Informe de Fiscalización de fundaciones con posición dominante en el sector público vasco 2006*

Este Informe<sup>3</sup>, cerrado al 31 de diciembre de 2006 —por lo tanto, referido a datos anteriores en un quinquenio al momento de su elaboración (lo cual no deja de ser algo muy significativo)—, tiene por objeto verificar el cumplimiento de la legalidad aplicable en aquellas fundaciones en las que participa la Comunidad Autónoma de Euskadi y el conjunto de Administraciones que integran el Sector Público Vasco mantiene una posición dominante, es decir, las constituidas con una aportación mayoritariamente pública o aquellas cuyo patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, está formado en más del 50% por bienes o derechos aportados por Entes Públicos.

En el momento de recabar los datos del Registro de Fundaciones del País Vasco (31 de diciembre de 2005), existían 24 fundaciones participadas por la Comunidad Autónoma y en 17 de ellas las Administraciones públicas mantenían una posición dominante, aunque el Informe finalmente sólo se referirá a 14 de ellas<sup>4</sup>, que son las siguientes:

- Fundación Donostia International Physics Center.
- Fundación EKAIN.
- Fundación Filmoteca Vasca.
- Fundación Instituto Internacional Sociología Jurídica de Oñate.
- Fundación Instituto Pesquero y Alimentario-AZTI.
- Fundación Joven Orquesta de Euskal Herria-EGO.
- Fundación Kalitatea.
- Fundación Museo de Bellas Artes de Bilbao.
- Fundación Museo de la Paz de Gernika.
- Fundación Formación Técnica Máquina Herramienta.

---

<sup>3</sup> *Informe de fiscalización de fundaciones con posición dominante del sector público vasco 2006*, fechado el 17 de marzo de 2011 (BOPV de 12 de julio de 2011).

<sup>4</sup> Lo que se justifica por las siguientes razones: la Fundación Museo Guggenheim Bilbao ya había sido fiscalizada (*vid.* la «Crónica» publicada en este *Anuario de Derecho de Fundaciones 2001*, pp. 458-460); la Fundación Museo Vasco del Ferrocarril se creó el 28 de diciembre de 2006 (con lo que no había posibilidad de fiscalizar nada hasta la fecha de cierre del Informe); y la Fundación Labein, inicialmente incluida, fue eliminada dado que a la fecha de emisión del Informe se había ya extinguido.

- Fundación Privada para el Centro Superior de Música del País Vasco.
- Fundación Vasca de Innovación e Investigaciones Sanitarias-BIOEF.
- Fundación Vasca para la Formación Profesional-HOBETUZ.
- Fundación Vasca para la Seguridad Agroalimentaria-ELIKA.

El Informe ha consistido en el análisis del cumplimiento de tres aspectos: la legalidad aplicable a la adquisición de bienes y servicios, la contratación de personal y el destino de los ingresos recibidos durante el ejercicio 2006. A este respecto, sintetizando mucho, podemos decir que las deficiencias encontradas en el apartado de adquisición de bienes y servicios se refieren en su mayor parte a la falta de publicidad y concurrencia en la adjudicaciones, concluyendo el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas que las fundaciones citadas en este apartado no han cumplido la normativa legal aplicable en el ejercicio 2006. En la revisión de la contratación de personal por las fundaciones analizadas las deficiencias detectadas se refieren fundamentalmente a la falta de cumplimiento de los principios de igualdad, merito y capacidad concluyendo igualmente el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas que las fundaciones citadas en este apartado no han cumplido la normativa legal en el ejercicio 2006<sup>5</sup>.

### **3. Informe del Inventario de fundaciones del sector público vasco a 31 de diciembre de 2008**

Este Informe<sup>6</sup>, pese a su evidente distancia, también, entre el momento en el que se elabora y la realidad de su objeto, tiene de interés que nos puede dar una imagen de este tipo de fundaciones en el panorama de la Comunidad Autónoma del País Vasco (se insiste, tomado con la debida cautela por el retraso de cinco años que le aqueja)<sup>7</sup>.

En primer lugar, no existe una regulación específica para las fundaciones del sector público foral ni para las del sector público local. Tras el análisis de la legislación precedente y de la estatal, a los efectos exclusivos de este inventario, se ha considerado como fundación del Sector Público Vasco aquella que cumpla al menos una de las dos siguientes condiciones:

<sup>5</sup> Resumen tomado de la «Nota de prensa del TVCP del Informe de fiscalización de las fundaciones con posición dominante del sector público vasco 2006» (recogido en <http://www.txostenak.es/pdf/npFundaciones2006.pdf>).

<sup>6</sup> Fechado el 19 de abril de 2012 (BOPV de 15 de julio de 2013).

<sup>7</sup> Puede consultarse un resumen autorizado de este Informe en <http://txostenak.es/pdf/npInventarioFundaciones2008.pdf>.

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, del Sector Público Vasco definido a efectos de la Ley 1/1988 del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Con la aplicación de estos criterios se ha elaborado un listado en el que se incluyen:

— Fundaciones del Sector Público de la Comunidad Autónoma Vasca: las que reúnan los requisitos de la Ley de Principios Ordenadores.

— Otras Fundaciones con aportación mayoritaria de las administraciones públicas vascas, en las que se cumplan alguno de los requisitos mencionados anteriormente, bien por aportación de una única entidad, en cuyo caso se han distinguido entre fundaciones del ámbito foral, del ámbito local o de la UPV/EHU, o de varias, en cuyo caso se han denominado como fundaciones con participación mayoritaria de varias entidades del Sector Público Vasco. Se incluyen, también, aquellas cuyos miembros del patronato no estén nombrados mayoritariamente por entidades del Sector Público de la Comunidad Autónoma Vasca, pero que bien la aportación inicial o el patrimonio han sido aportados en más de un 50% por entidades de dicho sector.

Adicionalmente, se han incluido otras dos relaciones con fundaciones privadas. En la primera se recogen aquellas fundaciones que no cumplen ninguno de los dos criterios señalados, pero cuyo patronato está integrado mayoritariamente por patronos nombrados por entidades del Sector Público Vasco. En la segunda se recogen las fundaciones privadas que en 2008 recibieron un importe significativo de subvenciones públicas.

A 31 de diciembre de 2008, de las 484 fundaciones incluidas en la base de datos del Registro de Fundaciones del País Vasco, de acuerdo con los criterios señalados, se pueden calificar 44 como pertenecientes al Sector Público Vasco con un patrimonio neto a 31 de diciembre de 2008 de 278 millones de euros. El resumen de la clasificación efectuada, que se desglosa al detalle en el informe, es el siguiente:

- Fundaciones del Sector Público de la CAE, 6.
- Fundaciones mayoritarias de la Administración pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin patronato mayoritario, 8.
- Fundaciones ámbito foral, 7.

- Fundaciones ámbito local, 7
- Fundaciones de la UPV/EHU, 1.
- Fundaciones con participación mayoritaria de varias entidades del Sector Público Vasco, 15.  
— *Fundaciones del Sector Público Vasco*, 44.

- Fundaciones privadas con control público, 21.
- Otras fundaciones privadas con financiación pública significativa, 20.  
— *Total Fundaciones*, 85.