



INFORME DE LEGALIDAD RELATIVO A CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN MARTXOAK 3 MEMORIAGUNEA FUNDAZIOA/FUNDACIÓN MEMORIAL 3 DE MARZO

96/2022 DDLCN – IL

I.- INTRODUCCIÓN

El Instituto de la Memoria, la Convivencia y los Derechos Humanos ha solicitado de la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo la emisión del preceptivo informe de legalidad en relación con los estatutos de la "Martxoak 3 Memoriagunea Fundazioa/ Fundación Memorial 3 de marzo".

Junto con la propuesta de convenio, obran en el expediente administrativo:

- Memoria justificativa relativa a la constitución de la Fundación "Martxoak 3 memoriagunea Fundazioa/ Fundación memorial 3 de marzo".
- La memoria económica para el ejercicio 2022 "Martxoak 3 Memoriagunea Fundazioa/Fundación memorial 3 de marzo".
- El informe jurídico de la Dirección de Servicios del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales.
- Propuesta de acuerdo de autorización para la constitución de la Fundación Martxoak 3 Memoriagunea Fundazioa/Fundación memorial 3 de marzo, aprobación de sus estatutos y nombramiento de patronos.
- Complemento a la memoria justificativa relativa a la constitución de la Fundación "martxoak 3 memoriagunea fundazioa/Fundación memorial 3 de marzo".
- Estatutos de la "Martxoak 3 memoriagunea Fundazioa/Fundación memorial 3 de marzo".

Emitimos el presente informe de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.1 letra e) de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, y el 11.2.e del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco. En estas disposiciones se establece que será





preceptivo el informe de legalidad en *los estatutos de las fundaciones en las que participe el Gobierno Vasco; y, en la creación de fundaciones en los que participe la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi. El informe en estos casos examinará además con carácter general el acto que concierne a la entidad y, en particular, el proyecto de sus respectivos estatutos o la afectación que se pretenda en los mismos*".

II.- ANTECEDENTES

Los antecedentes del proyecto de convenio objeto de estudio quedan extensamente expuestos en la memoria justificativa (a la cual nos remitimos) por lo que nos limitaremos en este punto a subrayar algunos de los hitos más relevantes.

"El 3 de marzo de 1976 en Vitoria-Gasteiz, cinco trabajadores fueron asesinados y más de cien resultaron heridos, la mayoría de bala, a resultas de los disparos efectuados por la policía armada al desalojar la iglesia de San Francisco de Asís del barrio de Zaramaga, previamente gaseada, en la cual se celebraba una asamblea de trabajadores en huelga".

Entre las reivindicaciones de las víctimas y sus familias se encuentra la reclamación a las instituciones vascas de una mediación con la Iglesia para convertir el templo San Francisco, en el que ocurrieron los hechos, en un lugar de memoria.

El 18 de febrero de 2021 se firmó un protocolo entre el Gobierno Vasco, la Diputación Foral de Álava, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y el Obispado de Vitoria, para impulsar la creación de un espacio memorial destinado a recuperar y transmitir la memoria de lucha obrera por los derechos políticos y laborales de los trabajadores en los años 60 y 70, la memoria de los hechos traumáticos de marzo de 1976 y, muy especialmente, la memoria de las víctimas de aquel 3 de marzo.

Mediante este protocolo el Obispado de Vitoria se comprometió a ceder el uso de la iglesia de San Francisco de Asís para la creación de ese espacio de memoria. En este protocolo se establecía que el espacio sería gestionado por una fundación y su denominación.



III.- LEGALIDAD

Nos remitimos en su totalidad al extenso y detallado informe jurídico de la Dirección de Servicios del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales limitándonos en el presente informe a cuestiones que merecen una especial atención.

1.- Régimen Jurídico aplicable

El principal régimen jurídico aplicable al caso de la creación de la fundación ante la que nos encontramos en las siguientes normas es el siguiente:

- Artículo 34.1 de la Constitución Española (CE) donde se recoge el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.
- Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (artículos básicos)
- Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco (arts. 9 y 41)
- Ley 50/2002, de 2 de diciembre, de Fundaciones (artículos carácter básico y de aplicación general)
- Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco

Es preciso señalar que el artículo 64 de la Ley 9/2016 establece que las fundaciones, que a efectos de la normativa de contratación pública o del Tribunal de Cuentas sean consideradas entidades del sector público, deberán cumplir los requisitos, obligaciones y controles previstos en ella.

A continuación, transcribimos los artículos 9 y 41 de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco, debido a su reciente entrada en vigor.

“Artículo 9. Entidades instrumentales adscritas o vinculadas al sector público.

1. El sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi está integrado tanto por las entidades que conforman la Administración general e institucional de la Comunidad Autónoma como por los entes instrumentales de su sector público, que se clasifican en:

a) Las sociedades públicas.

b) Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

c) Los consorcios del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.



2. Cada una de dichas entidades estará dotada de personalidad jurídica propia y diferente de la que tengan las demás.”

“Artículo 41. Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

1. La Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi y las entidades de su Administración institucional podrán constituir fundaciones o incorporarse como fundadoras para promover la colaboración con la iniciativa privada en actividades de interés general que se encuentren en el ámbito de las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi. No podrá darse la participación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi en una fundación sin que en la misma participen o colaboren personas físicas o jurídicas de naturaleza privada que no pertenezcan a sector público alguno, por medio de una aportación económica añadida a la dotación de la fundación.

2. Las fundaciones a que se refiere este artículo únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. Estarán sometidas a las mismas normas reguladoras de la transparencia que el resto de las administraciones públicas.

3. Se entenderán integradas en el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi las fundaciones en las que, correspondiendo a dicho sector la designación de la mayoría de quienes sean miembros de su órgano de gobierno, concurre además alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la dotación sea aportada en más del cincuenta por ciento de su valor por el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

b) Que su patrimonio fundacional esté formado con un carácter de permanencia en más de un cincuenta por ciento de su valor por bienes o derechos aportados por el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

No podrán darse en una fundación dichas circunstancias sin que se haya garantizado el derecho de designación por el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi de la mayoría de miembros de su órgano de gobierno.

4. Al efecto de determinar el carácter de permanencia referido en la letra b) del apartado anterior, cuando el inventario correspondiente a un ejercicio presente un resultado según el cual el porcentaje del patrimonio fundacional de origen público sea inferior al cincuenta por ciento del total, las personas que representan al sector público en el órgano de gobierno de la fundación lo pondrán en conocimiento del órgano de la Administración



general al que la fundación se encuentre adscrita y del departamento responsable en materia de hacienda a efecto de promover su exclusión del sector público conforme al procedimiento establecido en la presente ley.

Cuando el inventario correspondiente a un ejercicio de una fundación no integrada en el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi presenten una valoración del patrimonio fundacional en la que más de su cincuenta por ciento tenga origen en el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, las personas que representan al sector público en el órgano de gobierno de la fundación, si las hubiera, o, en su defecto, el protectorado lo pondrán en conocimiento del departamento responsable en materia de hacienda a los efectos de su integración en el sector público y de la garantía de cumplimiento de este artículo.

5. La Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi o las entidades de su Administración institucional podrán incorporarse a los órganos de gobierno de fundaciones ya constituidas, sin incorporarlas al sector público, cuando dicha incorporación tenga por objeto articular un cauce de colaboración con la fundación existente, sin que pueda implicar una posición mayoritaria de los sujetos públicos en el patronato de la fundación.

6. La actuación del sector público a través de fundaciones sólo podrá tener lugar cuando la finalidad e interés general perseguido no pueda garantizarse mediante otras personificaciones jurídicas de las previstas en la tipología establecida en la presente ley.

7. Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, las fundaciones integradas en el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi se registrarán, en relación con las materias propias de la Hacienda General del País Vasco, por las disposiciones referentes a las mismas que les sean de expresa aplicación, y, en lo que no las contradigan, por la normativa en materia de fundaciones, y, en general, por el ordenamiento jurídico privado. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas ni tener por finalidad la prestación de servicios públicos de carácter obligatorio.

2.- Objeto

Nos encontramos ante la creación de una Fundación, es decir, una organización constituida sin ánimo de lucro que tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines generales.

Estos fines generales que constan en el artículo 3 de los Estatutos constituyen los fines fundacionales y son:

- i) *Recuperar y transmitir la memoria de las víctimas del 3 de marzo.*



- ii) *Recuperar y transmitir la memoria de la lucha obrera y democrática y de los sucesos traumáticos de marzo de 1976.*

En concreto, el artículo 4 de la Ley de Fundaciones del País Vasco recoge que "Las fundaciones deberán servir a fines de interés general" y que:

"Entre otros, se consideran fines de interés general los siguientes:

- a) *Defensa de los derechos humanos y de los principios éticos y democráticos, en especial la defensa de las víctimas del terrorismo y actos violentos."*

El ámbito en el que la Fundación desarrollará sus actividades será la memoria, la divulgación de la memoria del 3 de marzo y la promoción de la convivencia y la cultura de los derechos humanos.

Por tanto, se cumple la exigencia prevista tanto en la CE como en nuestra Ley del Sector Público Vasco, en cuanto a los fines generales que debe perseguir la constitución de toda Fundación del Sector Público.

Las actuaciones previstas, que la Fundación podrá llevar a cabo para alcanzar estos fines generales, son: la creación y gestión del espacio expositivo y un centro de documentación en la Iglesia de San Francisco de Asís; actividades de carácter divulgativo todo ello relacionado con la memoria de los acontecimientos de marzo de 1975 y de lucha obrera y democrática de aquellos años.

Es de capital importancia subrayar que la nueva Ley del Sector Público Vasco apuesta claramente por priorizar otras personificaciones jurídicas previstas en la misma antes que la fundación, en el apartado sexto del artículo 41, en los siguientes términos:

"6. La actuación del sector público a través de fundaciones sólo podrá tener lugar cuando la finalidad e interés general perseguido no pueda garantizarse mediante otras personificaciones jurídicas de las previstas en la tipología establecida en la presente ley."

En la memoria justificativa, que consta en el expediente, se analiza y expone la idoneidad de la fórmula jurídica de la fundación al caso objeto de estudio, señalando entre otras cuestiones que:

"La fundación, como patrimonio destinado a un fin de interés general, responde de una manera muy integrada a una serie de exigencias sociales, que hoy siguen vigentes de modo especialmente acusado, y que responden a un principio general central en el Derecho, cual es, la seguridad. Estas exigencias son: la garantía de que determinadas finalidades que no pueden ser cumplidas sino de modo extendido en el tiempo, incluso más allá de la vida del que lo dispone, lo puedan ser. Mediante la existencia de una masa de recursos estable".



“las partes han considerado que esta fórmula jurídica permite, frente a otras, la gestión de este tipo de actividades de carácter social, y no lucrativo, con mayor eficiencia y agilidad, al tiempo que garantiza la representatividad de la iniciativa pública y privada en la que, en este caso, cobra especial relevancia y protagonismo el papel de las asociaciones de víctimas”.

Consta en el expediente un complemento a la memoria justificativa, realizada desde la Viceconsejería de Derecho Humanos, Memoria y Cooperación (a petición de la asesoría jurídica de la Dirección de Servicios del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales) donde se profundiza en la justificación de la elección de la figura de la Fundación del Sector Público de acuerdo con las exigencias de la nueva Ley del Sector Público Vasco en esta cuestión.

Otra de las novedades de la Ley del Sector Público Vasco es la exigencia prevista en el apartado primero del artículo 41 (arriba transcrito) donde se establece que *“No podrá darse la participación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi en una fundación sin que en la misma participen o colaboren personas físicas o jurídicas de naturaleza privada que no pertenezcan a sector público alguno, por medio de una aportación económica añadida a la dotación de la fundación”.*

En el caso que nos ocupa se cumple esta exigencia con la participación del Obispado de Vitoria y su aportación económica prevista.

3.- Naturaleza jurídica de la Fundación

De acuerdo con el artículo 9 de la nueva Ley del Sector Público Vasco, en el presente caso nos encontramos ante la constitución de un ente instrumental adscrito al sector público, en concreto, ante una fundación del sector público de Euskadi, con personalidad jurídica propia.

La propuesta de estatutos prevé la adscripción de la Fundación a la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (CAE), lo cual condiciona el régimen presupuestario, económico financiero y de control aplicable al ejercicio del Protectorado.

4. Constitución de la Fundación



Es importante señalar que la Administración General de la CAE está legitimada para constituir una Fundación debido a su personalidad jurídica propia, siempre con la debida autorización de Consejo de Gobierno.

Para la consideración de esta Fundación como Fundación del Sector Público Vasco la mayoría de los miembros de su órgano de gobierno (Patronato) deben proceder y ser designados por el Sector Público Vasco. Es preciso, en este punto, traer a colación, el análisis del informe jurídico del Departamento donde se señala la necesidad de que *“el número de miembros del patronato no se haga en referencia a un número máximo sino a un número cierto de tal forma que queda garantizada la mayoría exigida por la Ley, y, por otro lado, que conforme a la misma Ley el número de miembros que la administración pública tenga derecho a nombrar en el patronato debe ser proporcional a la dotación o patrimonio fundacional aportado”*.

4. Estatutos de la Fundación

En cuanto al contenido de los estatutos reiteramos lo ya apuntado en el informe jurídico del Departamento sobre la necesaria determinación de un número cierto de miembros en la constitución del Patronato debido a que de esta participación se derivan cuestiones capitales como la naturaleza de la propia Fundación entre otras.

Apunta, también, el informe jurídico la necesidad de incluir una de las causas de cese previstas en el artículo 20 de la Ley 9/2016, consistente en el transcurso del plazo de cinco meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el Registro de Fundaciones del País Vasco.

5. –Tramitación

Reiteramos la remisión al análisis realizado sobre la tramitación en el informe jurídico del Departamento Igualdad, Justicia y Políticas Sociales, haciendo hincapié en la necesidad de los siguientes informes:

- Informe de la Dirección de Función Pública sobre el régimen de personal de la Fundación.
- Informe del Departamento de Economía y Hacienda, sobre las obligaciones y el régimen presupuestario económico financiero previsto en los Estatutos.
- Informe de la Oficina de Control Económico



IV.- CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, a juicio de quien suscribe, tomando en consideración las observaciones contenidas en el cuerpo del informe, la propuesta de constitución de la Fundación "Martxoak 3 Memoriagunena Fundazioa/ Fundación Memorial 3 de Marzo" se adecua al ordenamiento jurídico.

Este es el informe que emito y que someto a cualquier otro mejor fundado en derecho.