

Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática

Observaciones de la Asociación Española de Fundaciones

La Asociación Española de Fundaciones tiene entre sus fines representar y defender los intereses de las fundaciones asociadas y del conjunto del sector fundacional como instituciones destacadas de la sociedad civil.

La Asociación Española de Fundaciones, en cumplimiento de sus fines, ha mantenido siempre una defensa activa del derecho a fundar, constitucionalmente consagrado en el artículo 34 CE.

Se realizan observaciones a las disposiciones del anteproyecto de Ley de Memoria Democrática que modifican o complementan la *Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones*, en tanto afectan a la generalidad de las fundaciones actualmente existentes o a las que se constituyan en el futuro y al derecho a fundar para fines de interés general. Es decir, a la **disposición adicional quinta** y a la **disposición final octava**.

I. Regulación actual de las fundaciones y supuestos ya previstos legalmente.

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF) prevé determinadas garantías jurídicas en caso de que los fines de una fundación sean o devengan ilegales, las actividades se desvíen de los fines de interés general previstos por el fundador en los estatutos o los patronos actúen de forma contraria a la ley o a los propios estatutos.

El artículo 34 CE, por remisión al artículo 22, señala que las “fundaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales”. Tal ilegalización podría dar lugar a la extinción y disolución de la fundación o asociación de que se trate.

La fundación nace por voluntad de su fundador manifestada en la escritura pública de constitución, pero adquiere personalidad jurídica propia con un pronunciamiento público - del órgano del protectorado - que califica o no los fines de la misma como de interés general.

Hay que distinguir, por tanto, a priori, dos situaciones: i) que los fines “sobre el papel” o en los estatutos de la fundación sean de interés general, pero la fundación realice unas actividades que

podieran no entenderse comprendidos en esos fines y que, además, fueran contrarios al interés general; ii) que los fines que en un momento determinado fueron calificados como de interés general, dejen de serlo por circunstancias sobrevenidas.

La primera cuestión está ya contemplada en la LF. El artículo 35 atribuye en todo momento al protectorado la función y, por tanto, la obligación, de “velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador y **teniendo en cuenta la consecución del interés general**” estando legitimado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación. Asimismo, se regula la intervención temporal en el artículo 35 del Reglamento de Fundaciones (RD 1337/2005, de 11 de noviembre), prevista en caso de irregularidades en la gestión económica pero también en caso de “**una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada**”, regulando el citado procedimiento.

De lo que no cabe duda es de que una fundación, o es de interés general, o no es fundación. Luego, desde el punto de vista de los fines en nuestro Derecho no caben las fundaciones que de manera originaria o sobrevenida se hallen en alguna de las siguientes situaciones: (i) que persigan fines delictivos; (ii) que persigan fines de interés particular; (iii) que persigan fines que sin ser particulares tampoco sean beneficiosos para el interés general; (iv) que persigan fines contrarios al interés general. Repárese en que, si no concurren fines de interés general, las fundaciones no tendrán cabida en nuestro ordenamiento, pero esta circunstancia no convierte en ilícitos en todos los casos los fines que persigan las fundaciones.

Ocurre que la vigente normativa sobre fundaciones no contempla, al menos de forma suficientemente clara, las situaciones (iii) y (iv): fines que dejen de ser considerados de interés general o que pasen a ser considerados contrarios al interés general.

La Ley de Memoria Democrática parece querer regular estas dos últimas situaciones cuando se produzcan de manera sobrevenida, a través de lo que cabría denominar como “desclasificación” del interés general de determinados fines.

Sin embargo, una regulación que aborde aquellas cuestiones no puede realizarse sin modificar la Ley de Fundaciones, sin tener en cuenta que tales supuestos, más allá de los fines concretos que se recogen en la disposición adicional quinta, podrían afectar en el futuro a cualesquiera fundaciones cuyos fines son lícitos ni, en consecuencia, sin rodear de las adecuadas garantías

la posición jurídica de las fundaciones correctamente constituidas pero cuyos fines dejen de ser clasificados de interés general.

II. Modificación de la Ley de Fundaciones.

La disposición adicional quinta incluye una causa general de extinción: “cuando las fundaciones no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo”. Si se quiere introducir en nuestro ordenamiento tal causa, por razones sistemáticas, debería incluirse en la LF.

Tal modificación de la LF debería realizarse, por tanto, a través de una disposición final nueva en la LF o la modificación de uno o varios artículos, que podría establecerse en la propia disposición final octava de la Ley de Memoria Democrática o una distinta.

En cualquier caso, desde el punto de vista de las garantías de un derecho constitucional como es el de fundación, una modificación de la LF que recogiera como causa de extinción o como supuesto específico la desclasificación del interés general de una fundación, debería tener en cuenta, al menos, las tres cuestiones o fases siguientes de dicho proceso.

a. Definición de una causa específica de desclasificación del interés general.

La regulación de este supuesto debe ser, bien una nueva causa de extinción en el artículo 31 LF, bien una disposición separada en la LF que contemple de forma aislada el supuesto y consecuencias de que dejen de ser considerados de interés general determinados fines que persiguen las fundaciones previamente existentes en el Derecho. Como se ha dicho, el supuesto de las actividades se entiende ya comprendido en el referido a los fines: si las actividades son contrarias al interés general es debido, bien a que la fundación se ha desviado de sus fines, lo que ya está regulado, bien a que esos fines han dejado de ser de interés general. Podría hacerse referencia, en todo caso, a “cuando los fines no sean de interés general o sean contrarios al mismo”.

En cualquier caso, para preservar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, tal disposición debería señalar que esa causa solo operará cuando la desclasificación de

determinados fines como de interés general se realice “justificada y motivadamente”, teniendo en cuenta que debería tratarse de supuestos muy excepcionales, para así evitar cualquier arbitrariedad en la desclasificación del interés general de las fundaciones ya existentes, lo que exigirá que también encuentren su fundamento en razones jurídicas, por lo que señalamos más adelante.

Desde el punto de vista competencial, esta disposición debería tener carácter básico, dado que afecta a las condiciones del ejercicio del derecho de fundación para fines de interés general, carácter que ya tiene el artículo 31 LF.

b. Procedimiento que regule qué deja de ser de interés general.

En una segunda fase, una vez que una ley prevea con carácter general y abstracto que los poderes públicos pueden desclasificar el interés general de determinados fines por razones justificadas y debidamente motivadas, debe articularse un procedimiento garantista que determine qué concretos fines dejarán de tener la clasificación de interés general. Esto es, se trata de descender desde la abstracción de la cláusula habilitante hasta la determinación concreta de los fines que se desclasifican del interés general.

El legislador ha enumerado en la LF qué fines son de interés general - si bien no es una lista cerrada o de *numerus clausus* - por lo que puede definir qué no es de interés general siempre que respete los principios constitucionales u otros principios básicos del ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo que, a priori, puede parecer una garantía, se puede convertir en todo lo contrario. En efecto, si la segunda fase, consistente en la determinación de qué concretos fines dejan de tener la clasificación de interés general, se adoptase en una norma con rango formal de ley, esta sería inatacable y podría causar indefensión de las fundaciones que vieran cómo los fines que persiguen plasmados en sus estatutos y que en un momento dado se consideraron de interés general, han dejado de recibir tal calificación, lo que supone romper el principio de tutela judicial efectiva. Hay que recordar que no todos los fines que se declaren como de no interés general pasan a ser ilícitos o ilegales, sino que simplemente dejarían de ser de interés general.

La LF debería por tanto regular qué órgano, que debería ser distinto al protectorado, dado que es este el que va a tener que aplicar esa definición, en positivo o en negativo, y subsumirla en el caso concreto, debe realizar tal declaración, así como el procedimiento para hacerlo.

Un acuerdo del Consejo de Ministros, un Real Decreto, un Acuerdo o un acto administrativo de otro órgano, permitirían a las fundaciones potencialmente afectadas interponer los correspondientes recursos y que su derecho fuera tutelado, inclusive los de terceros que pudieran verse afectados y tuvieran un interés legítimo. En atención a la relevancia de la decisión sobre un derecho constitucional, dicho acto debería requerir informe de algún órgano consultivo, como podría ser el Consejo de Estado.

Este procedimiento podría regularse en el artículo 32 LF si se considera una causa de extinción o bien en la disposición o artículo *ad hoc* que se incluyera.

c. Procedimiento de aplicación al supuesto de hecho - fundación y sus fines - de que se trate.

El que unos fines se declaren como de “no” interés general en una ley o en una norma de rango inferior, no los hace operar de forma automática, pues adicionalmente será necesario que el caso concreto de las fundaciones que pudieran estar incursas en él se subsuma con pulcritud jurídica en lo previsto en la norma. Tanto la definición en positivo como en negativo de los fines de interés general incluye generalmente, como en el caso de la disposición adicional quinta de la Ley de Memoria Democrática, una serie de conceptos jurídicos indeterminados que obligarán al protectorado a promover las medidas que pudieran corresponder. En el bien entendido de que las decisiones discrecionales deben motivarse, siendo la motivación y su correlación razonable con la decisión tomada, la garantía del control jurisdiccional de esta clase de decisiones, control que es constitucionalmente ineludible. Y, en todo caso, no puede haber arbitrariedad alguna.

Esto podría dar lugar a que las fundaciones que se vieran afectadas, bien modificaran sus fines, objeto o actividades de forma voluntaria, bien a que no lo hicieran, en cuyo caso debe regularse también el procedimiento que deberá seguir el órgano de protectorado.

El procedimiento debería regularse también en la LF, como se ha dicho, bien en el artículo 32 bien en la disposición o artículo *ad hoc*. En cualquier caso, el objetivo de este procedimiento debería ser reconducir o, como en el caso de que las actividades se separen de los fines, corregir las desviaciones, incluida la modificación de los estatutos, salvo que el fundador lo hubiera prohibido, antes de instar la extinción, dado que la extinción de la fundación afecta al derecho a fundar y, por tanto, al artículo 34 CE, atendiendo, asimismo, a un principio de proporcionalidad.

Las fundaciones que no atendieran tales requerimientos harían, entonces sí, que el protectorado promoviera, bien un procedimiento judicial de modificación estatutaria, ya previsto en el artículo 29.3 LF, de sustitución del órgano de gobierno o bien un procedimiento de extinción judicial en los términos que el órgano judicial determinara.

En conclusión, contemplar de forma adecuada el supuesto de que las fundaciones ya constituidas e inscritas dejen de perseguir fines de interés general requeriría una modificación de la LF que recogiera: i) la habilitación genérica y abstracta al efecto; ii) el procedimiento y plazos para realizar esa declaración sobre qué deja de ser de interés general; iii) el procedimiento y plazos que permitieran al protectorado subsumir el supuesto concreto en esa declaración. Y todo ello, de acuerdo con el art. 9.3 CE en relación con el 103.1 y el 106, debe regularse en una norma con rango de ley que no sea auto aplicativa, sino que requiera la determinación concreta de los fines desclasificados y la aplicación al caso singular a través de instrumentos administrativos controlables por la jurisdicción ordinaria. En su caso, se podría valorar la posibilidad de mejorar, para dotar de mayores garantías, el procedimiento de intervención temporal. Todo ello redundaría en una reducción de los posibles márgenes de arbitrariedad, una mayor seguridad jurídica para las fundaciones en su funcionamiento y un mayor respeto de los derechos constitucionales de fundación y de tutela judicial efectiva.

III. Comisión liquidadora.

La disposición final octava regula qué sucede en caso de que el patronato, una vez extinguida o declarada judicialmente extinguida una fundación, su patronato no siga el correspondiente proceso de liquidación, pero lo hace un artículo, el 33 LF, que no tiene carácter básico, por lo que sólo afectaría a las fundaciones de competencia estatal.

La nueva redacción del artículo 33 no contempla tampoco que, en caso de que se produjera la liquidación de forma voluntaria, los bienes y derechos resultantes de la liquidación no puedan ir a fines similares a los de la fundación extinguida, bien sea otra fundación u asociación, y que habrían dejado de ser considerados de interés general.