

Propuesta de modificación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones para introducir el procedimiento de extinción de fundaciones por pérdida sobrevinida del interés general

**Asociación Española de Fundaciones
Abril 2023**

Estas propuestas de enmiendas tienen por objeto mejorar la regulación del procedimiento de extinción de fundaciones y el procedimiento por el que se declare que unos determinados fines perseguidos por una fundación no son de interés general, 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.

Se propone **eliminar la disposición adicional quinta**, cuyo contenido se trasladaría a la **disposición final segunda**, introduciendo así las **modificaciones oportunas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF)**.

Por una cuestión de técnica legislativa, para no fragmentar el régimen jurídico fundacional en distintas disposiciones, es en este texto legal donde debe quedar recogido el régimen de extinción de las fundaciones y cualesquiera cuestiones que afecten a la calificación del interés general de los fines de las fundaciones, así como los procedimientos a seguir por los protectorados de fundaciones, estatales o autonómicos.

PROPUESTA PRIMERA. ENMIENDA DE SUPRESIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA

“Se propone suprimir la disposición adicional quinta.

~~Disposición adicional quinta. Extinción de fundaciones.~~

~~Al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.f) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, concurrirá causa de extinción cuando las fundaciones no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo. A estos efectos, se considera contrario al interés general la apología del que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezcan a sus dirigentes, con menosprecio~~

~~y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales.~~

~~Corresponderá al Protectorado instar judicialmente la extinción de la fundación por concurrencia de esta causa, pudiendo en tal caso el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, con arreglo a los artículos 721 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, acordar la suspensión provisional de las actividades de la fundación hasta que se dicte sentencia, así como adoptar las medidas cautelares que se consideren necesarias para la eficacia de la suspensión de actividades”.~~

JUSTIFICACIÓN

Por razones de técnica legislativa, cualquier modificación de los supuestos y procedimiento de extinción de una fundación o regulación de sus fines de interés general debe incorporarse, a través de una disposición adicional, al texto de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Concretamente, a los artículos 31 y 32 del texto legal, que de acuerdo con la disposición final primera de la misma norma, son de aplicación general a todas las fundaciones, estatales o autonómicas: por constituir las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución – artículo 31 de la Ley de Fundaciones - o bien constituyen legislación civil y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o Especial, allí donde exista – en el caso del artículo 32 -.

PROPUESTA SEGUNDA. ENMIENDA DE MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA

“Disposición final segunda. Modificación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Primero. Se modifica el artículo 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que queda redactado como sigue:

Artículo 31. Causas de extinción.

La fundación se extinguirá:

- a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida.**
- b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.**
- c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la presente Ley.**
- d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.**
- e) Cuando concorra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.**
- f) Cuando el fin fundacional para el que fue constituida la fundación deje de ser de interés general y la fundación no promueva una modificación estatutaria para perseguir otros fines de interés general. La declaración de pérdida del interés general de unos fines fundacionales deberá adoptarse de manera justificada y motivada por el Consejo de Ministros o el Consejo de Gobierno, consultado el Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente.**
- g) Cuando concorra cualquier otra causa establecida en las leyes.**

Segundo. Se modifica el artículo 32 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que queda redactado como sigue:

Artículo 32. Formas de extinción.

- 1. En el supuesto del párrafo a) del artículo anterior la fundación se extinguirá de pleno derecho.**
- 2. En los supuestos contemplados en los párrafos b), c), e) y f) del artículo anterior, la extinción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato, o éste no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos.**
- 3. En el supuesto del párrafo g) del artículo anterior se requerirá resolución judicial motivada.**
- 5. El acuerdo de extinción o, en su caso, la resolución judicial, se inscribirán en el correspondiente Registro de Fundaciones.**

Tercero. Se modifica el artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que queda redactado como sigue:

Artículo 33. Liquidación.

1. La extinción de la fundación, salvo en el supuesto previsto en el artículo 31.d), determinará la apertura del procedimiento de liquidación, que se realizará por el Patronato de la fundación bajo el control del Protectorado.

Si el Patronato no llevase cabo la liquidación, el Protectorado le requerirá para que inicie, continúe o concluya, según proceda, las actuaciones pertinentes para la liquidación en un plazo no inferior a un mes. A estos efectos, el Protectorado podrá solicitar del Patronato las informaciones o aclaraciones pertinentes.

Transcurrido dicho plazo sin que el Patronato hubiera dado cumplimiento al requerimiento, o ante su oposición expresa o en los casos de ausencia de Patronato, el Protectorado podrá instar la liquidación, en los términos previstos en el apartado 4.

2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido.

En el supuesto previsto en la letra f) del artículo 31 de esta ley, los bienes y derechos resultantes de la liquidación deberán destinarse a otra entidad que, cumpliendo los requisitos anteriores, no persiga fines similares.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.

4. Cuando el Protectorado inste la liquidación, solicitará al Juzgado que hubiera declarado extinguida la fundación, o, en su caso, al que resulte competente con arreglo a lo previsto en el artículo 43.3, el nombramiento de un liquidador. El liquidador así

designado gozará de todas las facultades necesarias para el cumplimiento de su función, desempeñando ésta bajo supervisión judicial.

El liquidador percibirá la retribución que corresponda con cargo al patrimonio de la fundación, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente. En ningún caso corresponderá al Protectorado asumir o anticipar dicha retribución, así como cualquier gasto derivado de la liquidación. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se distribuirán de conformidad con lo previsto en el apartado 2 y con los criterios que se desarrollen reglamentariamente, según determine la Comisión Liquidadora de Fundaciones de competencia estatal.

La Comisión Liquidadora de Fundaciones de competencia estatal es el órgano colegiado adscrito al Protectorado al que corresponde decidir el destino de los bienes y derechos resultantes”

JUSTIFICACIÓN

Extinción de fundaciones y pérdida del interés general.

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 pudieran 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 del proyecto, **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.**

Las propuestas de enmiendas que se formulan pretenden, en línea con lo anterior: i) llevar al articulado de la Ley de Fundaciones el nuevo supuesto de extinción que se recoge en el proyecto de ley, de forma que no quede en una disposición adicional de una norma de naturaleza distinta, mejorando así la técnica legislativa; ii) incorporar a la

normativa fundacional el procedimiento que habrá de seguirse en dichos supuestos, con plenas garantías para las fundaciones y la voluntad de su fundador que la legislación de fundaciones protege; iii) corregir algunas cuestiones del procedimiento de liquidación.

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 Ley de Fundaciones.

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 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.

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 que se propone modificar.

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 propone, a través de la modificación del artículo 32. 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.

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.