

Fundaciones y crisis económica. Concurrencia de causas de extinción y destino del patrimonio fundacional¹

Ernesto Vidal Llarío

Abogado asociado del bufete BROSETA Abogados
Doctorando en Derecho Mercantil por la Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SITUACIONES DE CRISIS COMO CAUSA DE EXTINCIÓN LEGAL DE UNA FUNDACIÓN: 1. *Contexto económico y fundacional de crisis*. 2. *Concurrencia legal de causas de extinción*. III. DESTINO DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL: 1. *Marco legal regulatorio del patrimonio fundacional*. 2. *Requisitos legales del destinatario de los bienes*: A) Entidad no lucrativa privada. B) Que persigan fines de interés general. C) Tener afectados sus bienes a la realización de fines de interés general incluso en el caso de su propia disolución.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. Introducción

La crisis económica y financiera iniciada en 2008, no se ha limitado a ser un simple accidente o inflexión del ciclo económico, sino que por el contrario, ha afectado a la mayoría de instituciones tanto económicas como sociales, que en tantos hechos jurídicos ha puesto en muchas ocasiones a prueba el marco normativo en el que se desarrollan. Así, respecto a las primeras, las instituciones económicas, los efectos han sido múltiples, más variados e intensos, las situaciones concursales se han multiplicado, se ha reestructurado el sistema financiero y se han regulado nuevas formas de afrontar las situaciones de crisis por parte de todos los operadores económicos. Pero respecto de las segundas, las instituciones sociales, entre las que cabe englobar a las fundaciones, la crisis económica también se ha manifestado, teniendo una importante repercusión en sus actividades diarias, en su situación fundacional o en el régimen de extinción, repercusiones para las que el marco regulatorio en el que actúan no estaba especialmente preparado.

¹ Con la colaboración de Manuel FELIU REY, Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Carlos III de Madrid, Director de la Cátedra ASGECO de derechos de los consumidores, y asesor académico en el despacho BROSETA Abogados.

Ante esta situación, cada vez son más las fundaciones que han visto reducida su capacidad económica hasta el punto de no poder realizar las actividades para las que fueron constituidas, entrando por tanto en una de las causas de extinción previstas en la normativa de fundaciones, que regula muy escuetamente estas situaciones. Al análisis legal de este tipo de situaciones dedicaremos la primera parte del estudio, en el que trataremos la incidencia de la crisis como causa de extinción legal de una fundación. En segundo lugar, analizaremos la posibilidad de que los bienes que integran el patrimonio de una fundación sean destinados a una asociación de carácter empresarial.

II. Situaciones de crisis como causa de extinción legal de una fundación

1. Contexto económico y fundacional de crisis

Son numerosas las fundaciones que durante los últimos ejercicios económicos están haciendo constar en las correspondientes memorias económicas aprobadas por los patronatos que no han recibido donaciones o ingresos, y que no lograron conseguir ningún otro tipo de ingresos para soportar su actividad. Ello suele provocar que se incurra en pérdidas que en los casos más habituales se acuerdan destinar a «resultados negativos de ejercicios anteriores»².

En el actual contexto económico de crisis, desde el sector privado se han reducido las aportaciones y donaciones a las fundaciones, pero también desde el sector público se han producido recortes en subvenciones, así como en otras fuentes de ingresos públicos, por lo que a las fundaciones cada vez más se les hace imposible percibir ningún ingreso para la realización de proyectos propios de su objeto, o suscribir ningún tipo de convenio de colaboración en actividades de interés general. Así, «ante la situación económica adversa del entorno y a la insuficiencia de ingresos, las actividades de las fundaciones son necesariamente nulas o de imposible realización, no pudiendo desarrollar las actividades o fines fundacionales previstos en sus estatutos».

Ello implica que en la actualidad, cada vez son más las fundaciones que ni tienen ni pueden conseguir los recursos necesarios para poder llevar a cabo las actividades deseadas y designadas en sus objetivos. Además, cuanto

² Es especialmente importante tener en cuenta los efectos contables y patrimoniales de la reiterada incursión en pérdidas, ya que suponen un deterioro continuado y reducción del patrimonio neto de la fundación.

más se prolongue la falta de recursos, más aumentan las pérdidas en las que incurren, siendo para ello necesario la adopción de medidas que eviten esta situación.

2. *Concurrencia legal de causas de extinción*

Es en este escenario, en el que deben valorarse las posibilidades, requisitos y condiciones necesarias para la extinción de una fundación por causas económicas que imposibilitan el desarrollo de actividades y de consecución del fin fundacional.

Para ello debe partirse de lo dispuesto en el artículo 39 del Código Civil, que disciplina con carácter general la extinción de las personas jurídicas según sigue:

«Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas».

Esta regulación genérica que prevé nuestro Código Civil para todas las personas jurídicas debe completarse y concretarse para cada clase o tipología de entes jurídicos según lo previsto en la normativa específica para las mismas, que en el caso de la regulación de la extinción de fundaciones encuentra su base legal en el artículo 25 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones³ (en adelante, «LF»), y en sus artículos 31 y 32, que determinan las causas y las formas de extinción de las fundaciones.

³ En función del ámbito de actividad de cada fundación, que vendrá determinada por los estatutos de las mismas y por el Registro de Fundaciones en los que estén inscritas, la regulación aplicable a las mismas será la nacional o la correspondiente Ley autonómica.

En el caso de la Comunidad Valenciana, este régimen queda sujeto a la Ley 8/1998, de 9 de septiembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (LFCV), *Diario Oficial de la Generalitat Valenciana*, 11 de diciembre de 1998, núm. 3.391, p. 19.672, que regula en el Capítulo V del Título I, la modificación, fusión, extinción y liquidación de las mismas, que en este punto contiene una remisión a la Ley de Fundaciones.

El artículo 31 de la LF ha establecido con carácter tasado las seis causas⁴ admitidas en Derecho⁵ que pueden ser la base para la extinción de las mismas:

- La expiración del plazo para el que fueron constituidas.
- La realización íntegra del fin fundacional.
- Por imposibilidad de realización del fin fundacional.
- Por fusión.
- Por causas previstas en el acto constitutivo o en estatutos.
- Por otras causas establecidas en las leyes.

Ante las situaciones expuestas de crisis económica, falta de recursos e imposibilidad de conseguirlos debe analizarse la concurrencia de la causa de imposibilidad de realización del fin fundacional⁶.

Esta premisa para la extinción impuesta por la Ley, puede ser de carácter físico o jurídico⁷, que en su primer caso puede englobar las situaciones como la aquí descrita de falta de recursos y financiación suficiente para desarrollar los fines y actividades fundacionales. En este sentido, se entiende incluida también los casos en que se ha agotado el patrimonio de la fundación, o

⁴ Es comúnmente admitida en la doctrina la clasificación de las mismas entre las causas voluntarias [apartados a) y e) del art. 31 LF] y las causas legales [apartados b), c), d) y f) del art. 31 LF].

Véase al respecto MARTÍ LACALLE, R., «Artículo 31. Causas de extinción», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 812 y ss.

⁵ Recientemente, el artículo 36.4 de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de diciembre de 2013, núm. 311, p. 105.878, ha incluido un nuevo supuesto de extinción para fundaciones bancarias. En el caso de las fundaciones ordinarias que adquieran una participación en una entidad de crédito que alcance determinados umbrales, se les obliga a transformarse en fundaciones bancarias en un plazo de seis meses. En el caso de que no hayan ejecutado la transformación en dicho plazo, el artículo establece que «se producirá la extinción de la fundación y la apertura del procedimiento de liquidación, que se realizará por el patronato de la fundación bajo el control del Protectorado».

⁶ Merece destacar cómo en este punto la redacción de la LF difiere de la que prevé el Código Civil, en el sentido de que mientras que éste habla de «ser ya imposible aplicar a éste [el fin fundacional] la actividad y los medios de que disponían», la LF habla de «imposibilidad de realización del fin fundacional». En este caso, la LF permite aplicar un concepto más abierto o genérico que permite incluir una mayor cantidad de supuestos o situaciones que pueden quedar amparadas como causa de extinción de una fundación, ya que de la dicción literal del Código Civil podría llegar a entenderse que se toma como presupuesto el hecho de que habiendo patrimonio, éste no puede aplicarse al fin fundacional.

⁷ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, Sever-Cuesta, Valladolid, 1969, p. 451.

queda tan disminuido⁸ que se hace imposible el desarrollo normal de las actividades programadas.

El requisito de imposibilidad de realización del fin fundacional se concreta en que sea una situación nacida con posterioridad al nacimiento de la fundación (como es el caso, ya que la falta de recursos y su entrada en pérdidas han aparecido varios años tras su constitución) y que no se pueda superar mediante los mecanismos legales previstos en los artículos 29 y 30 LF (requisito que también se cumple porque es más que evidente que las causas que aquejan a estas fundaciones son todas ellas de índole no jurídica sino económica, por lo que cualquier modificación estatutaria⁹ carece de sentido para superar la imposibilidad de realización del fin fundacional).

Un aspecto importante a tener en cuenta para acreditar formalmente y dejar constancia de este tipo de situaciones de falta de medios económicos y estructura para llevar a cabo sus actividades es dejar constancia de ello en las memorias económicas que apruebe el patronato y ratificadas por el protectorado.

La Jurisprudencia sobre la concurrencia de causas económicas para la extinción expresamente ha admitido situaciones prácticamente idénticas a las analizadas. Así, por ejemplo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia, en un Auto¹⁰ de 19 de enero de 2002 admitía en su fundamento jurídico tercero, que:

«Es claro, que en este orden de cosas, que (...) no habiéndose acreditado actividad alguna en los últimos años (...) todo ello debe llevar a concluir la evidencia de la imposibilidad de realización de los fines fundacionales».

⁸ Ya con anterioridad a la aprobación de las vigentes leyes de fundaciones, la doctrina más autorizada analizó este tipo de situaciones a la luz de las causas de extinción. Véase al respecto DURÁN RIVACOBA, R., *El negocio jurídico fundacional*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 208 y 212; CAFFARENA LAPORTA, J., «Modificación de los estatutos de la fundación. Artículo 29», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel-Fundación ONCE, Madrid, 2005, pp. 413 y ss.

⁹ Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 613/2011, de 28 de octubre, analiza la extinción de una fundación, y desestima la alegación de una de las partes, que pedía que se modificara el cometido de la misma para adaptarlo a las necesidades actuales. Concluye dicha Sentencia en que la fundación estaba incurso en una de las causas previstas por la Ley de Fundaciones para proceder a su extinción y que ello prevalece sobre la modificación estatutaria.

¹⁰ En el auto citado, por parte de los servicios jurídicos de la Generalitat Valenciana se había interpuesto una demanda de procedimiento incidental contra el patronato de una determinada fundación instando a que se dictase resolución apreciando la concurrencia de causas de extinción de la misma, por lo que tras analizar la situación económica y fundacional (desconocimiento de su patrimonio, no aceptación del cargo de patronos, etc.), se declara la imposibilidad de la realización de los fines fundacionales y la extinción de la misma.

Sobre la falta de recursos propios para afrontar los gastos más esenciales de mantenimiento y subsistencia de la fundación se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 215/2005, de 17 de junio, que en su fundamento jurídico 1.º concluye que:

«la incapacidad económica de la entidad demandada para asumir mínimamente los costes de mantenimiento y reforma del único bien de la Fundación (...) por lo que es procedente la estimación de la causa de extinción alegada en la demanda».

Al tratarse del acto jurídico más importante que puede realizar una fundación, es normal que la Ley exija como norma general, que concurran las voluntades de extinción del patronato y del protectorado. En este caso, la extinción de la fundación requerirá acuerdo del patronato ratificado por el protectorado¹¹.

La extinción, no supondrá la realización de un único y concreto acto jurídico, sino que implicará un proceso de apertura de un período de liquidación de bienes y derechos, previo a su transmisión a otras entidades.

III. Destino del patrimonio fundacional

1. Marco legal regulatorio del patrimonio fundacional

La segunda de las cuestiones objeto de análisis trata de determinar la viabilidad de que el patronato de una fundación acuerde el destino del haber fundacional a una asociación de carácter empresarial.

Por ello, es clave el artículo 33.2 LF, que determina que:

«2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas públicas o privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su extinción, 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 esta facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido».

Así, podemos desglosar el destino de los bienes y derechos en dos alternativas:

¹¹ Un análisis de las funciones del protectorado en relación con la extinción de una fundación, puede consultarse en CUÑAT EDO, V., «Artículo 35. Funciones del Protectorado», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 863 y ss.

a) Casos en los que la fundación ha previsto en sus estatutos o negocio fundacional, que los bienes y derechos sean destinados a determinados destinatarios (que deberán ser entidades que persigan fines de interés general)¹².

b) Casos en los que la fundación no tiene previsto el destino de los bienes, por lo que se aplica el régimen legal previsto: los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a decisión del patronato (siempre que el fundador le haya reconocido esta facultad¹³):

- A las fundaciones o a las *entidades no lucrativas privadas*.
- Que persigan *fines de interés general*.
- Que tengan *afectados sus bienes*, incluso para el supuesto de su disolución, *a la consecución de los fines de interés general*.

En concreto, a continuación se analizará el destino que el patronato puede dar a los bienes y derechos resultantes de la liquidación en aquellos casos en los que tenga reconocida esta facultad sin ninguna concreción o previsión adicional en cuanto al destino, dado que se trata de una previsión estatutaria muy frecuente en el ámbito fundacional. Dado que esta decisión no puede realizarse de forma totalmente libre, sino que deberá cumplir los tres requisitos legalmente establecidos para cumplir por el beneficiario de los bienes, es necesario definir el alcance exacto de estos límites de actuación del patronato para determinar las concretas funciones y ámbito de libertad en la toma de decisiones en la fase de liquidación de una fundación. El alcance de estos límites legales adquiere mayor importancia en la medida en que son obligaciones de aplicación al destino del patrimonio remanente de una fundación tanto en los casos en los que el propio fundador haya querido determinarlo en el negocio constitucional de la fundación¹⁴ (o en modificaciones a sus

¹² Un completo análisis del margen de actuación del fundador en la determinación del destino del remanente del patrimonio fundacional puede verse en TRAPIELLA NIETO, I., *Constitución y extinción de fundaciones*, REAL PÉREZ, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 266 y ss.

¹³ El reconocimiento de estas facultades debe estar necesaria y expresamente previsto en la misma escritura fundacional o en los estatutos o cláusulas fundacionales. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 259.

¹⁴ Es claro que el propio fundador también deberá adaptar su voluntad fundacional a lo dispuesto en el artículo 33 de la LF, pero este modo de fijación *ex ante* del destino del patrimonio remanente de la fundación deberá pasar un control previo de legalidad al inscribir los estatutos fundacionales en el correspondiente registro de fundaciones, lo que no ocurre en el caso que analizamos, en el que el patronato debe actuar con sujeción a lo dispuesto en el artículo 33 LF pero con un control de su actuación posterior por parte del protectorado. Para un análisis más detallado de estas situaciones, véase REAL PÉREZ, A. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador: estudio, desde la evolución del derecho español de fundaciones*,

estatutos) como en los caso en los que el patronato deba decidir este este destino por no haberse pronunciado el fundador.

2. *Requisitos legales del destinatario de los bienes*

A) *Entidad no lucrativa privada*

Analizamos a continuación la situación de las asociaciones de carácter empresarial y el cumplimiento de los mismos.

Las asociaciones de carácter empresarial son sin duda entidades de carácter privado, en la medida en que:

a) Están sujetas a la Ley 19/1977, reguladora del derecho de libertad sindical y asociaciones profesionales, lo cual determina el carácter intrínsecamente privado de sus miembros, excluyéndose legalmente la participación en la misma de las Administraciones Públicas.

b) Al definirse los requisitos para ser miembro de las mismas, se restringe a federaciones empresariales, asociaciones de empresas, colegios profesionales de naturaleza empresarial y empresas.

Tienen carácter no lucrativo debido a que según el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación¹⁵,

del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, Marcial Pons, Madrid, 2000.

¹⁵ En este punto es de especial interés detallar la aplicación de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación a las asociaciones empresariales, *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de marzo de 2002, núm. 73, p. 11.981. Aunque las organizaciones empresariales están sujetas al régimen previsto en la Ley 19/1977 sobre el derecho de asociación sindical, *Boletín Oficial del Estado*, de 4 de abril de 1977, núm. 80, p. 7.510; y al Real Decreto 873/1977 sobre depósito de los estatutos de las organizaciones constituidas al amparo de la Ley 19/1977, reguladora del derecho de asociación sindical, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de abril de 1977, núm. 101, p. 9.168, éste es muy escueto, dejando numerosas lagunas que deben suplirse mediante la aplicación subsidiaria de otras normas. Por ello, ha sido debatido doctrinalmente si es posible la aplicación o no de la Ley Orgánica 1/2002, que por una parte en su artículo 1.3 excluye de su aplicación a las organizaciones empresariales y se remite a las normas especiales, y por otra parte, en su disposición adicional segunda, fija su carácter supletorio respecto de cualquier tipo de asociaciones que incidan en el artículo 22 de la Constitución.

Este debate ha sido definitivamente zanjado mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1992, de 8 de abril, *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de mayo de 1992, núm. 115, p. 2, donde se afirma en términos absolutamente concluyentes que «*la sindicación de empresarios (términos antagónicos) se sitúa extramuros del artículo 28.1 de la Constitución, encontrando su acomodo en la genérica libertad de asociación del artículo 22 de la misma*». *Vid.* al respecto también la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1992, de 14 de mayo, *Boletín Oficial del Estado*, de 16 de junio de 1992, núm. 144, p. 12.

incluye dentro de su ámbito de aplicación a todas las asociaciones que «no tengan fin de lucro».

B) *Que persigan fines de interés general*

Las actividades de las asociaciones de carácter empresarial en defensa del interés general las encontramos entre otros en sus estatutos, y se pueden agrupar en:

- a) El fomento y defensa de la economía de mercado, así como el desarrollo económico sostenible en beneficio del interés general, mediante recomendaciones y propuestas de actuación en materia socioeconómica, lo cual constituye la base para la aplicación y consecución de los artículos 38 y 128 de la Constitución.
- b) El fomento en el progreso de las técnicas de dirección de empresas mediante la realización de estudios y la difusión de los medios de formación.
- c) La promoción del desarrollo de la investigación e innovación tecnológica en las empresas.
- d) El fomento de una formación de calidad.

Asimismo, en el artículo 32.1.a) de la Ley Orgánica 1/2002¹⁶ se contiene una definición de interés general en los siguientes términos:

«a) *Que sus fines estatutarios tiendan a promover el interés general, en los términos definidos por el artículo 31.3 de esta Ley, y sean de carácter cívico, educativo, científico, cultural, deportivo, sanitario, de promoción de los valores constitucionales, de promoción de los derechos humanos, de asistencia social, de cooperación para el desarrollo, de promoción de la mujer, de promoción y protección de la familia, de protección de la infancia, de fomento de la igualdad de oportunidades y de la tolerancia, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, de defensa de consumidores y usuarios, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales, económicas o culturales, y cualesquiera otros de similar naturaleza».*

Es claro por ello, la reiterada correspondencia entre los fines de las asociaciones de carácter empresarial y la definición legal de interés general.

Para un estudio más en detalle de la cuestión véase ESTEVE SEGARRA, A., *Las Asociaciones Empresariales: Régimen Jurídico y Representatividad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.

¹⁶ En términos prácticamente idénticos se expresa el artículo 33.1.a) de la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana, *Diario Oficial de la Generalitat Valenciana*, de 25 de noviembre de 2008, núm. 5.900, p. 87.872, para definir el interés general como requisito para que una asociación pueda ser declarada de utilidad pública.

C) *Tener afectados sus bienes a la realización de fines de interés general incluso en el caso de su propia disolución*

La afectación de los bienes de una asociación de carácter empresarial a la realización de fines de interés general en caso de disolución, puede estar determinada de modo indirecto, ya que en sus estatutos pueden establecer que al remanente se le dará el destino que acuerde su Asamblea General. Ésta, como ya se ha analizado anteriormente¹⁷, al estar sujeta al régimen general de asociaciones, sólo podrá darles el destino de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2 de la LF de que en los estatutos de la entidad receptora se fije la afectación de los bienes resultantes de la liquidación de una fundación, debe examinarse también a la luz de lo dispuesto en el artículo 7.2.k) de la Ley Orgánica de Asociaciones, que establece entre las menciones que deben contener los estatutos de una asociación:

«Las causas de disolución y destino del patrimonio en tal supuesto, que no podrá desvirtuar el carácter no lucrativo de la entidad».

De lo dicho se desprende, que aunque en los estatutos de una asociación de carácter empresarial no se haya fijado el destino de sus bienes, éstas no podrían aprobar en ningún caso un precepto estatutario que establezca el reparto o destino de sus bienes a los socios u otras finalidades que no sean las de su objeto social, ya que ello supondría una contravención flagrante del artículo 7.2.k) de la Ley Orgánica de Asociaciones.

En este sentido, la doctrina¹⁸ al analizar el citado artículo 7.2.k) de la Ley Orgánica de Asociaciones aclara que:

«los recursos y beneficios no pueden tener otro destino que el cumplimiento de los fines asociativos, tal como resulta de la prohibición que, acorde con la naturaleza de las asociaciones, establece el artículo 13 Ley Orgánica de Asociaciones».

Los mismos autores, continúan su estudio, y al comentar el artículo 13 son tajantes al afirmar que:

«el fin no lucrativo exige que esos beneficios sean destinados exclusivamente al cumplimiento de sus fines, permitiéndole en su caso extender su ámbito. Y en el supuesto de disolución de la asociación, los bienes sobrantes, después de liquidar el patrimonio y pagar a los acreedores, serán aplicados a los fines previstos en los estatutos. (...) La interdicción de repartos es absoluta. No caben “en ningún caso”.

¹⁷ Véase al respecto la nota núm. 11.

¹⁸ GONZALEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 199.

Y la norma específica los prohíbe, no sólo entre asociados, sino también entre cónyuges o personas que convivan con los asociados o entre sus parientes».

Otros autores¹⁹, insisten en la misma línea, al afirmar que:

«La ausencia de lucro que caracteriza a las asociaciones impide la posibilidad de hacer distribución entre los socios del patrimonio social existente en el momento de la disolución».

Ello supone que las asociaciones de carácter empresarial no pueden restituir el patrimonio a sus socios, ni mucho menos entregarse a terceros ajenos a la misma.

Otro sector doctrinal (García-Trevijano y López-Nieto), han concretado también que aunque los estatutos de la asociación ordenaran que el destino del patrimonio fuera el reparto entre los socios, ello no sería admisible, ya que supondría *«una desviación de la finalidad propia de estas personas jurídicas»* y añade que admitir esta posibilidad sería conseguir la misma finalidad que se consigue con una sociedad (de capital).

La posibilidad de que una asociación de carácter empresarial, disponga de su patrimonio aún antes de su disolución, debe analizarse a la luz del régimen general sobre el destino del patrimonio de las asociaciones y su afectación a sus fines asociativos. Por ello, lo primero es recordar el mandato legal del artículo 13.2 Ley Orgánica de Asociaciones, que al tratar el régimen de actividades establece que:

«2. Los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de sus actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con ellos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo».

En segundo lugar, es especialmente importante el dictamen previo que realizó el Consejo de Estado, de 9 de mayo de 2001, sobre la Ley Orgánica de Asociaciones, que ya advertía en su considerando VII (párrafo 33) que:

«Es tradicional e integra la esencia del asociacionismo que el patrimonio no sea repartido entre los asociados. Se trata de la inserción de un elemento final en la relación jurídica de asociación, que la modula a modo de fin y que impone una asignación del mismo al patrimonio una vez disuelta. En las sociedades civiles (como en las mercantiles) o en las formas de copropiedad, el ejercicio del derecho de diso-

¹⁹ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *La ordenación legal de las asociaciones*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 496.

lución parcial (separación) o la disolución, comporta la liquidación y atribución del patrimonio a los miembros o socios; en la asociación, no. Puede tener la misma una duración por tiempo determinado, pero su fin es indefinido, en principio y pervive. Por ello conviene precisar esa prohibición, así como que el fin puede ser cumplido de modo análogo, aplicando los bienes restantes a otros similares, caso de disolución. En los términos en que está redactado (“que no podrá desvirtuar el carácter no lucrativo”) puede resultar insuficiente (en el régimen del Código Civil la libertad de asignar destino estatutariamente a los bienes caso de disolución venía acompañada de la necesidad de un acto formal de reconocimiento administrativo, o de la aplicación del régimen de la sociedad civil); ahora no es así, y por ello convendría precisar que el destino de los bienes debe respetar la finalidad de la asociación, o utilizar una fórmula similar».

Este pronunciamiento del Consejo de Estado es especialmente importante en dos sentidos: (1) porque a falta de jurisprudencia que interprete estos aspectos de la Ley Orgánica de Asociaciones es un criterio interpretativo de referencia y autoridad incuestionable, y (2) porque el pronunciamiento del Consejo de Estado no indica una opción legislativa que no ha sido atendida, sino que es para mayor claridad y rigor técnico de la norma.

De todo ello, cabe necesariamente concluir que durante la vida de las asociaciones de carácter empresarial el patrimonio queda afecto y destinado a la realización de sus fines sociales por el mandato legal del artículo 13 Ley Orgánica de Asociaciones (y precisado en el mismo sentido por la doctrina) y que en caso de extinción de una asociación de carácter empresarial, el destino de su patrimonio queda igualmente afecto a la realización de los mismos fines y actividades también por mandato legal del artículo 7.1.k) de la misma norma (que además impide que una asociación de carácter empresarial establezca en sus estatutos un destino diferente a los mismos).

Finalmente, para los casos en los que una asociación de carácter empresarial sea la fundadora de una fundación, este análisis debe completarse atendiendo a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado sobre la posible reversión a favor del fundador de los bienes de una fundación en su Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre²⁰. En el supuesto de hecho se analizaba la constitucionalidad de una norma autonómica (concretamente de la Comunidad Autónoma de Madrid) que preveía que «A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador», sin prohibir expresamente por tanto la po-

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre, *Boletín Oficial del Estado*, de 20 de enero de 2006, núm. 17. p. 40.

sibilidad de reversión a favor del fundador. En este caso, el Tribunal Constitucional establece:

«lo que los recurrentes imputan realmente al precepto autonómico recurrido es que no prohíba expresamente el establecimiento de cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales, es decir, que en su tenor literal no limite esa capacidad de elección del fundador. El análisis de esta posible causa de inconstitucionalidad ha de partir de nuestra doctrina, antes reproducida, sobre el derecho de fundación y de que tal prohibición tampoco se explicita en la normativa dictada al amparo del art. 149.1.1 CE, teniendo en cuenta el principio tantas veces reiterado que propugna la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales (por todas STC 24/2004, de 24 de febrero, F. 6).

Pues bien, con la atención puesta en el interés general que conforme a lo previsto en el art. 34 CE debe presidir las fundaciones, desde su constitución hasta su extinción, necesariamente la omisión que se reprueba no puede prevalecer sobre la finalidad orientada a la prosecución de tal interés que marca la propia Ley de la Comunidad de Madrid a las fundaciones de su competencia (art. 3), así como sobre la llamada que la misma Ley hace a la legislación estatal que sea de “aplicación general” (art. 2), legislación esta última que hoy cabe referir al art. 3.3 de la Ley 50/2002, dictado al amparo del art. 149.1.1 CE, y que igualmente preserva el interés general. Además, no hay que olvidar que en nuestro Ordenamiento jurídico la extinción de la fundación —no regulada como tal por la Ley impugnada— escapa sustancialmente a la voluntad del fundador, expresada fuera del negocio fundacional, o del órgano de gobierno de la institución, lo que contribuye a evitar que se adultere su sentido (así resulta del art. 32 de la Ley 50/2002, dictado al amparo del art. 149.1.8 CE y el concordante art. 26 de la Ley autonómica). Por tanto si en casos concretos llegara a manifestarse una desviación patológica en la aplicación de la Ley, de suerte que la liquidación produjera un lucro para el fundador (o para las personas físicas o jurídicas designadas por él), incompatible con el interés general que debe presidir el instituto de la fundación, el Estado de Derecho cuenta con instrumentos suficientes para arbitrar los controles oportunos que cada supuesto requiera, a la vista de la legislación civil y de la normativa concreta en materia de fundaciones. En tal sentido deberá tenerse en cuenta que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquellos con los que el propio fundador dotó a la fundación.

En definitiva, la omisión que, como ya hemos dicho, los recurrentes denuncian como causa de inconstitucionalidad del art. 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid, no puede entenderse que permite al fundador hacer previsiones, para después de la extinción de la fundación, que ignoren o contradigan la finalidad de interés general que la Constitución impone como esencia de la natura-

leza jurídica de la institución y que, a su vez, se establece también en el Código Civil, en la Ley estatal de fundaciones y en la propia Ley autonómica impugnada».

Atendiendo a la doctrina constitucional establecida según la citada Sentencia, la prohibición de la reversión no es un elemento esencial del derecho de fundación²¹. En consecuencia, para verificar qué incidencia tiene el hecho de que una asociación de carácter empresarial fuera la entidad fundadora de una fundación que se pretende extinguir se tendrá que analizar, en primer lugar, que dicha reversión no está prohibida por la legislación vigente; en segundo lugar, que la entidad beneficiaria de dicha reversión cumple con los requisitos para ser considerada como entidad sin ánimo de lucro cuyos bienes están afectos permanentemente a fines de interés general; y finalmente, que con motivo de la liquidación no se le entreguen bienes o derechos distintos de aquellos que aportó.

En relación al primer punto, el artículo 33.2 de la LF ni prevé ni prohíbe expresamente la reversión, simplemente establece que los bienes se entregarán a la entidad designada por el fundador en el negocio fundacional o en los Estatutos, o bien a la entidad designada por el patronato o el Protectorado. Es cierto que no se contiene una previsión expresa como la incluida en el artículo 33.3 LF relativa a las fundaciones públicas, respecto de las que se señala expresamente que pueden prever en sus Estatutos la reversión a favor del fundador, pero como se ha señalado tampoco se contiene ninguna prohibición expresa por lo que cabe entender que dicha reversión será admisible siempre y cuando la entidad beneficiaria cumpla los requisitos previstos en el mismo artículo 33.2, enlazando así con el segundo punto que debe ser analizado.

Por todo ello, a nuestro juicio el hecho de que una asociación de carácter empresarial sea la entidad fundadora de una fundación que se pretende extinguir no debería tener incidencia alguna en cuanto a considerar a la asociación de carácter empresarial como apta para ser designada destinataria de los bienes resultantes de la liquidación de una fundación.

²¹ Como cláusula de cierre, cabe recordar que la doctrina ya adelantó esta línea interpretativa favorable a la reversión de los bienes fundacionales incluso con anterioridad a la citada sentencia del Tribunal Constitucional: *«en ninguno de los puntos aparece la afectación permanente, definitiva e irrevocable de la dotación o del patrimonio de la fundación a fines de interés general, como un elemento básico o “contenido esencial” del derecho de fundación. De lo que podría deducirse que el concepto constitucional de fundación resultaría lo suficientemente amplio como para admitir en su seno fundaciones en las cuales la destinación patrimonial a fines de interés general fuese reversible y temporal»*. TRAPIELLA NIETO, I., *Constitución y extinción de fundaciones*, REAL PÉREZ, A. (dir.), p. 275, *op. Cit.*

IV. Conclusiones

A la vista de todo lo anterior, cabe concluir lo siguiente:

1) Las situaciones económicas de falta de ingresos debidas a la situación y coyuntura económica que provocan una situación de pérdidas, hacen que los recursos disponibles para una fundación sean insuficientes para el desarrollo de las actividades previstas en su objeto fundacional, viéndose reducida la dotación a causa de las pérdidas en las que está incurriendo.

2) En esto casos, concurre en las fundaciones el requisito legal para su extinción de imposibilidad de realización del fin fundacional, según se ha entendido por la Jurisprudencia y la Doctrina.

3) El patronato de estas fundaciones podría aprobar que el destino de los bienes y derechos resultantes de su liquidación se destine a una asociación de carácter empresarial, ya que en ellas concurren los requisitos legales de ser entidades sin ánimo de lucro, que persiguen fines de interés general y que tienen afectados sus bienes a la consecución de los mismos.

4) Las asociaciones de carácter empresarial tienen afectado su patrimonio a la consecución de los fines de interés general que conforman su objeto social:

a) Durante la vida de las mismas por imperativo legal de la Ley Orgánica de Asociaciones y por ser un principio básico del régimen de las mismas.

b) En caso de extinción:

i) No sería necesario establecer en los Estatutos de la misma la afectación del patrimonio a los fines de su objeto social ya que por mandato legal quedan afectos.

ii) Por ello, no cabría aprobar una modificación estatutaria que permita el reparto de su patrimonio entre los socios.

V. Bibliografía

CAFFARENA LAPORTA, J., «Modificación de los estatutos de la fundación. Artículo 29», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel-Fundación ONCE, Madrid, 2005.

CUÑAT EDO, V., «Artículo 35. Funciones del Protectorado», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

DURÁN RIVACOBA, R., *El negocio jurídico fundacional*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

- ESTEVE SEGARRA, A., *Las Asociaciones Empresariales: Régimen Jurídico y Representatividad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- GONZALEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *La ordenación legal de las asociaciones*, Dykinson, Madrid, 2004.
- MARTÍ LACALLE, R., «Artículo 31. Causas de extinción», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- REAL PÉREZ, A. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador: estudio, desde la evolución del derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- TRAPIELLA NIETO, I., *Constitución y extinción de fundaciones*, REAL PÉREZ, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, Sever-Cuesta, Valladolid, 1969.