

DERECHO DE FUNDACIONES: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DOTACIÓN FUNDACIONAL

FRANCESC CHOLVI ROIG
ADJUNTO 1º A LA SECRETARÍA DEL IDIBE, LICENCIADO EN DERECHO Y ADE

BORJA MESTRE GINER
GRADUADO EN DERECHO Y ADE, TRAINEE EN URÍA MENÉNDEZ ABOGADOS

1. Las Fundaciones son, sin duda alguna, las entidades jurídicas que gozan de un mayor desconocimiento y análisis por parte de la doctrina científica. Pese a su indudable presencia en nuestra Sociedad, la práctica revela una escasa y deficiente aplicación de la normativa estatal y autonómica. Este es el caso, entre otros, de la modificación de la Dotación Fundacional, especialmente por la vía de la reducción dotacional. Se trata de un procedimiento escasamente empleado pero que, dada la coyuntura económica actual, puede ser útil en aras de evitar la liquidación de la Fundación.

En este análisis, se ha pretendido ofrecer una sintética justificación de cuál es el criterio que sigue la normativa española sobre Fundaciones sobre esta cuestión, introduciendo, asimismo, una comparativa con la posición sentada por la doctrina y los Protectorados.

2. Señala el art. 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (la “LF”), que la fundación es aquella organización que, sin revestir ánimo de

lucro, por la concurrencia de la voluntad de sus creadores —fundadores—, mantiene afectado su patrimonio a la realización de fines de interés general.

Sobre la base de este concepto que aporta la LF surgen dos cuestiones que merecen de un breve comentario.

En primer lugar, se plantea cual es el significado real y razonable del “ánimo de lucro” al que alude el art. 2.1 LF. Se asume la evidencia de que la Fundación implica una construcción jurídica diferente a la propia de las sociedades mercantiles. En este sentido, la ausencia de ánimo de lucro fundacional se resuelve como la no distribución de dividendos entre los Patronos, Fundadores o allegados.

Ello no significa que la Fundación no pueda obtener ingreso alguno como contraprestación a los servicios o actividades desempeñadas, lo que equivaldría a realizar actividades gratuitas. De hecho, la propia LF contempla en su art. 24.1 la posibilidad de que las Fundaciones desempeñen actividades económicas en cumplimiento de sus fines fundacionales, y siempre que se observen las normas relativas a la defensa de la competencia. No sería lógico que la Ley negara esta posibilidad, en la medida en que el desarrollo de las actividades fundacionales conlleva desembolsos que, de otro modo, la Fundación no podría asumir.

Otra de las críticas aducidas por la doctrina es la deficiente redacción del precepto en torno a la ausencia de ánimo de lucro. La LF configura la Fundación como una organización “constituida sin fin de lucro”. Siguiendo su tenor, podría entenderse que basta con que la Fundación no revista ánimo de lucro en el momento de su nacimiento para que los requisitos constitutivos sean observados [PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Comentario a los Arts. 1 y 2”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid (1995): Escuela Libre Editorial/Marcial Pons, p. 10-11], lo que desnaturalizaría la esencia propia de la figura jurídica de la fundación.

En segundo lugar, puede resultar discutible aquello que deba entenderse por interés general. Como ha defendido cierta doctrina, cabe entender como tal lo que razonablemente resulta común a los miembros de una sociedad en un Estado democrático, esto es, la materialización a través de actividades o servicios de una ganancia o utilidad social de la que se benefician personas ajenas a los Fundadores.

La LF especifica en su art. 3.1 cuales son los intereses generales en los que está pensado el artículo precedente al configurar la Fundación como potenciador de los mismos. Dicho precepto dice así: “Las Fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”.

El tenor del artículo no deja lugar a dudas sobre el título que el Legislador otorgó a esta enumeración, tratándose de un listado meramente ejemplificativo o “*numerus apertus*” de los fines de interés general que pueda abanderar una Fundación. Bajo la partícula “entre otros—fines generales—”, la LF sustenta la posibilidad de que, respondiendo a un mismo patrón de actividad, con la misma naturaleza jurídica y bajo el mismo paradigma de protección y mejora del bienestar social, una Fundación pueda asumir la defensa de fines no expresamente contemplados en su tenor.

No sería lógico que la LF defendiera una enumeración cerrada del catálogo de fines que responden a la defensa del interés general habida cuenta de que el art. 34 CE, título fundamental de la actividad fundacional, habla genéricamente de “fines de interés general”, lo que conduce a la lógica conclusión que si la Norma Fundamental no ha limitado que actividades y/o servicios quedan bajo el manto del interés general, la ley ordinaria no debe restringir tal consideración [en este sentido: VERDERA SERVER, S.: “Art. 3. Fines y beneficios”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia (2008): Tirant lo Blanch, pp. 116-117].

A tenor de todo lo anterior, aceptamos como premisa de partida que la fundación es una organización que, carente de ánimo de lucro, puede interactuar económicamente con otros agentes para llevar a término actividades o servicios de interés general, entendiendo por tales todos aquellos que sean de idéntica o análoga naturaleza a los previstos en el texto de la LF.

No obstante, como ente presente en el tráfico económico, con capacidad para asumir obligaciones que le permitan llevar a término los fines para cuyo cumplimiento fue constituida, la Fundación debe garantizar frente a sus Patronos, el Protectorado y el resto de operadores que posee un patrimonio afecto a tales fines que hace factible el cumplimiento de las obligaciones que le son exigibles. Con tal finalidad, la LF regula la figura de la “Dotación Fundacional” (la “Dotación Fundacional” o la “Dotación”).

3. Nos referiremos ahora La Dotación Fundacional, destacando varios aspectos.

3.1. La Dotación Fundacional debe ser entendida como el conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio de la Fundación, que se encuentran afectados durante toda la vida jurídica de la Fundación al cumplimiento de los fines para los que ésta fue constituida [en este sentido: FERRANDO VILLALBA, M^a. L.: “Art. 12. Dotación”, AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia (2008): Tirant lo Blanch, pp. 305].

El art. 12 LF configura el régimen jurídico aplicable a la Dotación partiendo de la consideración de ésta como una parte del patrimonio fundacional que opera en garantía esencial de los fines de la Fundación. Pese a que la técnica empleada por el Legislador estatal en cuanto a la consideración de la cuantía idónea de la Dotación Fundacional es más deficiente que la empleada por los Legisladores autonómicos (que optaron por regular criterios más específicos de determinación), fijar legalmente una cuantía única como Dotación Fundacional no sería efectivo, ya que ésta deberá ser adecuada y racional a los fines de interés general que persiga la Fundación en particular.

En cualquier caso, la LF establece una cuantía mínima de 30.000 euros aplicable a todas las Fundaciones, entendiendo por tal una cuantía suficiente para el debido cumplimiento de los fines fundacionales.

De la descripción aportada, podría pensarse que la LF marca un carácter estático de la Dotación, esto es, que una vez fijada en la escritura de fundación, la Dotación no puede ser modificada, ni aun cuando las circunstancias de hecho de la Fundación así lo aconsejaran.

Es evidente que la ampliación o aumento de la Dotación no es un acto susceptible de generar ninguna disputa jurídica, ya que si la finalidad de la

Dotación es la de garantizar el debido cumplimiento de los fines fundacionales, con mayor razón estos serán garantizados con una mayor Dotación.

No sucede lo mismo en el caso de la eventual reducción de la Dotación, cuya justificación ha suscitado profundos debates doctrinales. A ello nos referiremos a continuación.

3.2. Se ha negado con insistencia por parte de la doctrina y de las instituciones defensoras de la legalidad en materia de Fundaciones (los Protectorados), la posibilidad de que la Dotación Fundacional sea reducida a una cuantía inferior a la dotada en el momento constitutivo y, como máximo, hasta el mínimo legal de 30.000 euros (art. 12 LF).

Hemos de mostrarnos disconformes con esta construcción jurídica, pues entendemos, entre otros argumentos que más adelante abordaremos, que la Dotación Fundacional responde a una realidad dinámica configurada sobre la base del indispensable cumplimiento de los fines de interés general para los que fue constituida la Fundación. Negar esta circunstancia sería tanto como limitar la supervivencia de la Fundación cuando las circunstancias de hecho que aconsejaron fijar la Dotación en una determinada cuantía mutaran por la influencia de determinados factores contextuales.

Para justificar esta posición es necesario seguir el orden marcado por el art. 2.2 LF, conforme al cual las Fundaciones se rigen “por la voluntad del Fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley”.

Sobre los dos primeros criterios, voluntad del Fundador y Estatutos fundacionales, cabe advertir que, aunque el precepto hable separadamente de ellos, normalmente fallarán en un mismo sentido, ya que emanan de los Fundadores y se presume que éstos estipularon en los Estatutos justamente aquellas formalidades a través de las cuales deseaban que la Fundación desempeñara su actividad.

No está de más advertir que la LF marca en repetidas ocasiones la prohibición de llevar a cabo determinadas actividades, como la delegación de facultades o la reducción estatutaria, cuando así lo hubieren previsto los Fundadores, inspirando de este modo la preponderancia de la autonomía de la voluntad de éstos últimos. Así lo hace ver el art. 29 LF en relación a la modificación estatutaria: “El Patronato podrá acordar la modificación de los

Estatutos de la Fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma, salvo que el Fundador lo haya prohibido”.

La cuestión puede ser resuelta en aplicación de un criterio estrictamente legalista, ya que pueden encontrarse en la normativa estatal y autonómica vigente sobre Fundaciones preceptos en los que el legislador ha tratado con prudencia la cuestión sobre la reducción.

3.2.1. Baste con atender al Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (el “RRF”) que en su art. 25.4 dispone: “El aumento de la Dotación mediante aportación del Fundador, de un Patrono o de un tercero, deberá constar necesariamente en escritura pública, acreditándose, además, ante el Notario autorizante la realidad de la aportación, así como la manifestación de la voluntad del aportante de que aquella se integre en la dotación [...] En el caso de disminución de la Dotación, será preciso, además, acreditar la autorización previa del Protectorado para realizar el acto de disposición que haya dado lugar a la misma.”

El RRF establece, en este punto, una remisión implícita al art. 21.1 LF, que hace preceptiva la expedición por parte del Protectorado de una autorización previa para la enajenación o gravamen de los bienes y derechos integrados en la Dotación Fundacional: “La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la Dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada”.

Podría plantearse la duda de entender la reducción dotacional como un acto diferente a los previstos en la LF. Ello se debe a que la reducción de la Dotación debe ser necesariamente considerada un “acto de disposición” de los Patronos en sus más amplios términos, sin entrar a valorar si se trata específicamente de una enajenación o un gravamen. En definitiva, el acto por el que se reduce la dotación establece “strictu sensu” la disminución de la misma mediante una modificación de la escritura fundacional. Por tanto, dicha actuación escapa del concepto tradicional de enajenación, que según la dicción de la lengua española, se asocia al hecho de “pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello”, mientras que con la otra expresión “carga o gravamen —cargar o gravar—” se pretende referir el hecho de “imponer, a título de liberalidad o por mandato legal, una

obligación sobre un bien o un derecho”, garantizando, por regla general, el éxito o cumplimiento de una relación jurídica subyacente, pasada o futura.

Sin embargo, cuando se hace uso de la expresión “disponer de un bien o derecho”, se entiende como tal el ejercicio de determinadas facultades de dominio sobre bienes o derechos, incluidas la enajenación o gravamen. A la postre, cualquier acto sobre la Dotación queda incluido dentro de la abstracta facultad de “disponer”, resolviéndose de este modo el obstáculo legal que plantearía la terminología del art. 21.1 LF.

Otro aspecto que no admite debate es qué criterio ha de aplicarse para entender justificada la reducción de la Dotación, esto es, en base a qué argumentos será procedente adoptar una decisión en uno u otro sentido. Del tenor del precepto se desprende la atribución de competencia al Protectorado no sólo para la expedición formal de la autorización de disposición de la Dotación Fundacional, sino también de los motivos que conforme a la práctica habitual en este campo y a su propio criterio, se entiendan racionalmente justos para refrendar dicha reducción.

En conclusión, a tenor de lo expuesto, la reducción procedería cuando:

1º) Según la exigencia marcada en el art. 12 LF, la Dotación resulte igualmente adecuada para el buen cumplimiento de los fines fundacionales y el acto mismo de la reducción no sitúe su cuantía por debajo del mínimo marcado por el precepto, esto es, por debajo de los 30.000 euros.

2º) El acuerdo del Patronato por el que se disponga la eventual reducción de la Dotación haya observado en su otorgamiento las formalidades previstas en la LF.

3º) El Protectorado emita, en los términos descritos, la correspondiente autorización.

3.2.2. Como ya se ha comentado, el art. 34 CE establece el título general que eleva a la Fundación a la categoría de previsión constitucional. No obstante, la CE no otorgó expresamente la competencia en materia de Fundaciones ni al Estado ni a las autonomías, omisión que fue aprovechada por éstas últimas para desarrollar normativa complementaria propia a la fijada por el Estado con carácter básico.

En la actualidad, las Comunidades Autónomas que poseen normativa propia en materia de Fundaciones son: Andalucía, Islas Baleares, Castilla y León, Galicia, Aragón, Asturias, Islas Canarias, Cataluña, La Rioja, Madrid, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana.

En la legislación de Fundaciones de estas autonomías se efectúan diversas referencias a la posibilidad de reducir la Dotación Fundacional. Destaca la necesaria inscripción en el Registro de Fundaciones de la propia Comunidad Autónoma del aumento y la disminución de la Dotación. Este supuesto aparece expresamente regulado en el Reglamento del Registro de Fundaciones de las Comunidades de Andalucía (art. 8, letra c), del Decreto 279/2003, de 7 de octubre, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento), Islas Baleares (art. 3, letra d), del Decreto 61/2007, de 18 de mayo, de Regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y de Organización del Ejercicio del Protectorado), Castilla y León (art. 30.2 del Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León), Galicia (art. 21, letra a), del Decreto 15/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego) e Islas Canarias (art. 6.1, letra d), Orden de 9 de abril de 1986, de la Consejería de la Presidencia, de regulación del Registro de Fundaciones Privadas de Canarias).

Además, las diferentes normas hacen referencia a la reducción de la Dotación Fundacional en otras circunstancias. Por ejemplo, cuando la normativa autonómica regula las competencias del Patronato y su delegación. Este es el caso de la Ley andaluza, que en la letra d) de su art. 20.1, establece que el aumento y la reducción de la Dotación Fundacional no pueden ser entendidos como actos ejecutables a través de la delegación, sino que deben ser llevados a cabo por el Patronato.

Son muchas las referencias efectuadas por las leyes autonómicas a la posibilidad de reducir la Dotación Fundacional. Ello implica que, partiendo de un marco regulatorio uniforme como es la legislación estatal sobre Fundaciones, el hecho de que se hable expresa o tácitamente de la reducción queda al arbitrio de la técnica legislativa empleada en el proceso de regulación, y no de un criterio sustantivo sobre la cuestión de fondo. No parece, por tanto, que la intención del legislador fuera la de prohibir la disminución de la Dotación.

4. Nos referiremos ahora al procedimiento para llevar a cabo la reducción.

Tanto la doctrina [vid. al respecto: GONZÁLEZ CUETO, T.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Cizur Menor (2003): Thomson Aranzadi, pp. 48 y ss.], como el Tribunal Constitucional [STC 49/1988, de 22 de Marzo (LA LEY 3669-JF/0000)], coinciden en que la Fundación nace por un acto de disposición que realiza el Fundador, quien vincula los bienes a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de una manera permanente.

Una vez que los bienes han sido vinculados a los fines de la Fundación, los Fundadores ya no podrán disponer de los mismos, por lo que tendrá que ser el órgano de la Fundación quien los administre. No le compete al Protectorado la administración de los bienes porque así lo ha querido el Legislador, al atribuirle funciones de supervisión como garante del cumplimiento de los fines fundacionales (art. 35 LF). Así pues, es obligación de los Patronos la correcta administración de los bienes de la Fundación, como establece el art. 14 LF: “1. En toda Fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos. 2. Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos”.

Ello implica que es el Patronato quien debe acordar cualquier acto de disposición sobre los bienes dotacionales. A mayor abundamiento, el Legislador entiende que el acto de disposición, por regla general, debe revestir la forma de acuerdo del Patronato, ya que es un elemento esencial en el contenido de la solicitud de autorización (art. 19.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal (el “RF”). Igualmente será necesaria dicha forma para solicitar la disminución de la Dotación al Protectorado, pues como ya se ha comentado, el acuerdo para disminuir la Dotación deberá contar con la autorización del Protectorado.

No existe ningún procedimiento que regule la modificación de la escritura fundacional, al igual que tampoco lo existe para su constitución: el Legislador solo exige determinados documentos (art. 10 LF) porque reconoce que el acto que se proyecta sobre la escritura fundacional emana de la

voluntad de sus Fundadores y no tiene un cauce determinado. En definitiva, en sede de Fundaciones, el principio de autonomía de la voluntad cobra especial relevancia cuando no existe un procedimiento “ad hoc”, por lo que deberá regir la voluntad privada en cuanto a lo no dispuesto por la ley.

Por tanto, resulta lógico entender conforme a derecho la disminución de la Dotación mediante acuerdo del Patronato. Ese acuerdo de modificación de la escritura fundacional deberá respetar los principios básicos, a saber: (i) la existencia de una circunstancia que lo haga conveniente; (ii) que se haga en interés de la Fundación; (iii) que se respete la voluntad de los Fundadores y (iii) que no se pongan en riesgo los fines de la Fundación.

En cualquier caso, será necesaria la autorización previa del Protectorado de conformidad con el art. 24.1, letra b) y 25.4 RF. Todo ello, tenor de lo dicho en éste último, antes de acudir al Registro de Fundaciones, y debido al carácter supervisor que ostenta el Protectorado:

“[...] 4. El aumento de la dotación mediante aportación del fundador, de un patrono o de un tercero, deberá constar necesariamente en escritura pública, acreditándose, además, ante el Notario autorizante la realidad de la aportación, así como la manifestación de la voluntad del aportante de que aquella se integre en la dotación. No obstante, cuando el aumento de la dotación responda a la asignación contable de efectivo, mediante un traspaso de cuentas, la formalización de la operación se podrá realizar mediante certificación del acuerdo del Patronato, con las firmas legitimadas notarialmente, acompañada del balance que haya servido de base al acuerdo adoptado.

En el caso de disminución de la dotación, será preciso, además, acreditar la autorización previa del Protectorado para realizar el acto de disposición que haya dado lugar a la misma”.

Una vez obtenida, podrá elevarse a escritura pública e inscribirse. De conformidad con el art. 26 RRF, se tiene de plazo un mes a contar desde la adopción del acuerdo para poder inscribir. A continuación, el Registro dispondrá de tres meses desde su presentación para proceder o no a la inscripción (art. 28.3 RRF).