

LA APORTACIÓN DOTACIONAL Y SU POSIBLE REVERSIÓN A LOS HEREDEROS DEL FUNDADOR (I)

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS
ACADÉMICO CORRESPONDIENTE

SUMARIO

I. Consideraciones generales.- II. La dotación fundacional. Dotación y Patrimonio.- III. Suficiencia y adecuación para el cumplimiento de fines fundacionales.- IV. El acto de dotación. Su naturaleza jurídica.- V. La reversión de la dotación fundacional a manos de los herederos del Fundador. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 julio de 2003.

RESUMEN

Este trabajo aprovecha la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003, a la que se critica, a mi modesto juicio, por su falta de motivación y por cambiar sin sólidos argumentos la que hasta entonces había sido la línea jurisprudencial. Es evidente que el Alto Tribunal puede cambiar decriterios y hasta es bueno que así ocurra, pero se debe justificar. La cuestión litigiosa se refiere a la Fundación “Obrador de San Pedro y Santa Teresa” instituida por la Marquesa de Yanduri. El TS no tuvo en cuenta prácticamente ninguno de los motivos del recurso de casación, tras el alquiler del Palacio al Banco de Santander por la Junta de Andalucía. Frente a la opinión del Supremo en este trabajo se mantiene el criterio de la reversión de los bienes dotacionales al fundador o, en su caso, a los herederos.

PALABRAS CLAVE: Persona jurídica fundacional.- Dotación y patrimonio de las Fundaciones.-Reversión de los bienes en determinados supuestos a los fundadores o a sus herederos.- La Juris-prudencia del Tribunal Supremo.

I. Consideraciones Generales

Para poder llegar a unas conclusiones medianamente aceptables además de la Ley nacional o estatal de 26 de diciembre de 2002 es necesario tener en cuenta la legislación autonómica y en cierto modo el nuevo régimen fiscal regulado por Ley 49/2002, del 23 de diciembre. El panorama es complejo precisamente por la variada legislación sobre la materia, pues todas o casi todas las Comunidades Autónomas disponen de Leyes especiales sobre fundaciones por estimar que tienen competencia amparadas en el art.

148 de la Constitución y en sus respectivos Estatutos de Autonomía, problema en el que no voy a entrar y que, por cierto, ha sido estudiado con acierto por la doctrina¹.

Por ello para hablar de las fundaciones o de algunos de sus preceptos no cabe duda que conviene saber lo que dicen las Leyes autonómicas que son -como he dicho- varias y disponen de legislación especial Madrid, Canarias, Valencia, Cataluña, Castilla-León, Galicia, País Vasco y en el caso de las Comunidades de Ceuta y Melilla que no disponen de Ley de Fundaciones es por no hacerse referencia específica a tal competencia en sus respectivos Estatutos y de igual modo es el caso de Aragón, ya que en Navarra es su propia Compilación la que regula las fundaciones en sus Leyes 44 a 47 con una regulación fiscal aparte del año 1996².

Esto viene a cuento porque no ya el estudio de las cuestiones que puede plantear la dotación fundacional, sino cualquier problema en materia de Fundaciones debe hacerse considerando la legislación autonómica lo que -como ya recordaba DURAN RIVACOBÁ- presenta serias dificultades para coordinar la materia³. Pienso que con tantas leyes "especiales" se puede volver a la situación previa a la Ley de 1994, situación legislativa fragmentaria, incompleta y aún contradictoria a la que se quiere poner coto como afirma el apartado segundo de la Exposición de Motivos de la vigente Ley de 2002 y a ese posible -no digo que seguro- desorden legislativo contribuyen leyes en periodo de revisión, Reglamentos que cambian, traspaso de funciones y servicios a la Administración del Estado como ya ocurrió con unos RD en materia de fundaciones en Murcia, Rioja y Canarias. El panorama legislativo en materia de fundaciones es algo inseguro, pero es una manifestación más de la neoplasia legislativa que padecemos en España que en algunos momentos amenaza con destruir la seguridad jurídica como fin

¹ Pueden consultarse, entre otras, las siguientes aportaciones a la cuestión: BLANCO RUIZ, *Las fundaciones: tipología y normativa*. Cuadernos de Acción Social, núm. 4, 1987.- DIEZ-PICAZO, *Potestad legislativa en materia de fundaciones en España tras la promulgación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía: Derecho Comparado*, Madrid, Centro de Fundaciones, II Jornadas, 1979.

HERRERO y R. de MINÓN, M., *La regulación de las Fundaciones en los Estatutos de autonomía: Visión general*. Centro de Fundaciones, II Jornadas, 1979.- REBOLLEDO VARELA, *La legislación de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Fundaciones*, en Actas del Seminario italo-español. Barcelona, 1995. Fundación Abat Oliva. La cuestión ofrece muchas posibilidades de discusión no tanto desde el ángulo de la intervención administrativa al amparo del art. 148 de la Constitución, como desde lo que se puede llamar unidad del Ordenamiento civil. Sin embargo el criterio general es el que se desprende del hecho de que el derecho fundacional esté contemplado en la Sección 2ª y no en la Sección 1ª del Capítulo II del Título II de la Constitución que permite afirmar que las Comunidades Autónomas tienen competencia en la materia y el que en el art. 149 de la CE no figure expresamente como competencia exclusiva del Estado. Cfr. también el art. 1 (Objeto de la Ley) de la vigente Ley de Fundaciones. Y la importante sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981 en su FJ 6º. Véase recientemente, CUSCÓ y CUNILLERA, *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones (Ley 50/2002, de 20 de diciembre)*, DIJUSA, 2003, págs. 33 a 36.

² Por orden cronológico las Leyes autonómicas sobre Fundaciones son las siguientes: Ley 7/1983, de 22 de junio, de Régimen de las Fundaciones de interés gallego.- Ley 12/1994, de 17 de junio, Fundaciones del País Vasco; Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, de Navarra, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y actividades de patrocinio y Decreto foral 613/1996, de 11 de noviembre sobre estructura y funcionamiento del Registro de fundaciones; Ley 1/1998, de 2 de marzo, sobre Fundaciones de la Comunidad de Madrid; Ley 2/1998 de 6 de abril, Fundaciones de la Presidencia del Gobierno de Canarias; Ley 8/1998, de 9 de diciembre, Fundaciones de la Generalidad de Valencia; Ley 5/2001, de 2 de mayo sobre Fundaciones en Cataluña; Ley 13/2002, de 15 de julio sobre Fundaciones de Castilla-León. En otras Comunidades Autónomas hay normas que regulan los Registros de Fundaciones Docentes, Culturales, Artísticas y de otros tipos, como en Andalucía, Principado de Asturias, Cantabria, Murcia, Aragón, Extremadura e Islas Baleares.

³ Cfr. el trabajo monográfico de DURÁN RIVACOBÁ, R., *El negocio jurídico fundacional*, en Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

primordial del Derecho y que hace difícil pensar que pueda hacerse cierto lo que manda el art. 6,1 de nuestro Código cuando dice que “La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”⁴.

II. La dotación fundacional. Dotación y Patrimonio

Pues bien, el tema de la DOTACIÓN FUNDACIONAL plantea muchos e importantes problemas y creo que para poder aclarar alguno de ellos lo primero es cotejar la regulación que de la dotación se hacía en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre en su art. 10 y lo que ahora se disciplina en la nueva Ley 50/2002, de 26 de diciembre en el art. 12 y sobre la marcha tener en cuenta algunas de las Leyes Autonómicas sobre el particular.

La regulación de la dotación en la Ley de 1994 se incluía en el Capítulo II del Título I de aquella Ley, dentro de la rúbrica *Constitución de las fundaciones* y en la Ley vigente que no está dividida en Títulos, sino sólo en Capítulos, de igual manera la regulación de la dotación se incardina en el Capítulo II que ahora se denomina -en singular- *Constitución de la fundación*. Tanto en la Ley de 1994 como en la vigente en todo lo relacionado con la constitución de la Fundación aparece la dotación como elemento fundamental. En la Ley de 1994 al tratar de la capacidad para fundar el art. 6,2 exigía para las personas físicas tanto capacidad general de obrar como la especial para disponer gratuitamente “inter vivos” o “mortis causa”, *de los bienes y derechos en que consista la dotación* y en la Ley vigente, ahora el art. 8, en su apartado 2º pide o exige lo mismo, si bien no me parece acertado que se siga diciendo que las *personas físicas requerirán de capacidad*. Si antes estaba mal, ahora está peor. Se sigue utilizando la palabra requerir y basta leer el DRAE para percatarse de que no es exacto. Lo correcto -antes y ahora- habría sido decir que a las personas físicas se les *exigirá*; y era correcto decir *la* y no, como ahora, *de*. Pero con independencia de la falta de sintaxis y del uso poco correcto de la lengua española, cosa a la que nos tiene acostumbrado el Legislador español de estos tiempos y que en la reciente LEC 1/2000, de 7 de enero llega a confundir *asequible* con *accesible*⁵, lo que nos importa ahora es comenzar afirmando que la dotación es un presupuesto fundamental en la constitución

⁴ Lo de considerar Ley especial a esta de Fundaciones en las diferentes Comunidades Autónomas puede ser un error porque actualmente -e incluso desde hace años- la denominación que encuadra a las Leyes Hipotecaria, de Aguas, Minas, Registro Civil y tantas otras ya por tratar de materias que entraban en otras ramas del Ordenamiento o bien por no haberse desarrollado dentro del *Corpus* que fue el Código civil no parece ser muy adecuada al decir de algunos comentaristas, máxime si consideramos que la “especialidad” que se contenía en el derogado contenido del art. 16 del C.c. (en su edición primitiva, cuando afirmaba que “En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirán por las disposiciones de este Código”), es tiempo pasado y lo que digo se confirma con el criterio legislativo que se puede ver en el art. 4,3 del C.c. donde se habla de *otras leyes*. Sin embargo se mantiene la expresión de “derechos civiles especiales o forales” sea en la Constitución, art. 149,1,8º como en el art. 13,2 del C.c., pero ya se comprende que esto es otra cuestión bien diferente.

⁵ Sobre la mediocridad de los textos legislativos resulta muy aleccionadora la opinión de PÉREZ SERRANO, Nicolás, *El estilo de las Leyes*, Escuela Social de Madrid. Conferencia pronunciada el día 30 enero de 1947; *La LAU ante la Gramática*, en ADC, Madrid, 1956, págs. 1067 a 1090; *Las erratas de las Leyes*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, núm. 2 de 1957.- CASTÁN VÁZQUEZ, Pérez Serrano y el Derecho Civil, en Boletín del Iltre. Colegio de Abogados de Madrid, núm. 5, 1990; GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, *El Derecho y la Justicia en las fuentes literarias*, Lección de apertura del Curso Académico 2003/2004 en el Paraninfo de la Universidad de Córdoba. Córdoba. 2003.

de la fundación en cuanto está relacionado con la posibilidad de disponer de los bienes y derechos que se aportan. En la Ley de 1994 la dotación es uno de los extremos que pedía el art. 8 para la escritura de constitución y en igual sentido se manifiesta ahora la Ley vigente en su art. 10 con igual texto que antes. Y así ocurre en el actual art. 9 que regula las *Modalidades de constitución* y que en la Ley derogada en su art. 7 se denominaba *Modalidades y forma de constitución*.

El hecho de que la dotación fundacional esté entre los presupuestos de constitución es porque estamos en presencia de uno de los cinco elementos básicos de toda fundación: la personalidad jurídica, la voluntad del fundador, la DOTACIÓN, el fin fundacional y su organización. La dotación fundacional es en cierto modo -y lo ha recordado la doctrina en muchas oportunidades- *un patrimonio de destino* que tienen un fin, como ahora, en estos días, ocurre con el patrimonio de las personas con discapacidad, con las diferencias que hay⁶. La dotación fundacional es un *elemento real* en la fundación. Es una parte de la masa patrimonial de la que la fundación es titular, adscrita al cumplimiento de unos fines. La dotación patrimonial o *dotación inicial* como le llaman algunas Leyes Autonómicas⁷ es una masa de bienes, derechos y valores diferente, en su función, del patrimonio del o de los fundadores y del resto patrimonial de la Fundación. De todo el patrimonio fundacional, en sentido amplio, es titular la Fundación a la que van llegando en virtud de los variados medios de transmisión patrimonial gratuita, pero la aportación dotacional, sin dejar de ser masa patrimonial de la Fundación, por obvio, sin embargo tiene unos matices que le diferencian del resto de las aportaciones.

Parece claro que la dotación es un acto jurídico unilateral en virtud del cual una determinada masa de bienes se transmiten gratuitamente desde el patrimonio del o de los fundadores o incluso de terceras personas a la fundación que va a nacer y que será su titular. Sin esos bienes iniciales no cabe hablar de Fundación. Esa aportación dotacional es requisito *sine qua non*, para la existencia de la entidad fundacional, determina su creación y la *dotación* en cuanto atribución patrimonial a la fundación es uno de los elementos esenciales del negocio fundacional. No es lo mismo la dotación inicial que el patrimonio fundacional, pues la doctrina ha sabido diferenciar con claridad entre el patrimonio de la fundación considerado como *un todo desde una perspectiva dinámica de la vida fundacional y la dotación fundacional que es una parte del patrimonio que se encuentra en el origen y constituye la base o punto de partida patrimonial del negocio*

⁶ Cfr. la reciente Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c. (BOE núm. 277 de 19 noviembre), en su Exposición de Motivos, II, apartado tercero.

⁷ Así en la Ley 7/1983 de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego en su art. 5 d) se habla de *dotación inicial* y en su art. 7, núm. 2 y 3 se afirma que la Fundación no puede constituirse sin una dotación inicial y añade -muy significativamente para que podamos diferenciar la función de la dotación de otras aportaciones patrimoniales- que la dotación inicial suficiente para el cumplimiento de los fines podrá ser incrementada posteriormente por el fundador o terceras personas. En la Ley de Fundaciones del País Vasco de 1994 en su art. 6 (Escritura de constitución), letra c) se habla de la aportación inicial de la fundación, con expresa remisión al art. 9 donde se regula lo relativo a la dotación patrimonial "... que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación..." Y de *dotación fundacional* para atender al primer programa de actuación se habla en la Ley canaria de Fundaciones (art. 11) y de patrimonio, en general, en el art. 12. La idea de parte del patrimonio afecto de manera permanente a la Fundación sea en el momento de su constitución como durante la existencia de la misma es lo que creo dice el art. 11 de la Ley valenciana. Y desde luego en la Ley de Fundaciones de Cataluña en el art. 8 donde se recorta la figura de la dotación inicial.

*jurídico que dio vida a la Fundación misma*⁸. La dotación es la atribución inicial a la persona jurídica fundación que se pretende constituir y en la que una vez constituida esos bienes son patrimonio de la Fundación que pueden también aumentarse y afectos a concretas garantías.

Y tanto la Ley derogada como la vigente así lo entienden y ese ha sido siempre el criterio de toda la Legislación anterior y de la autonómica vigente. Así cabe citar los arts. 5 y 8 de la Ley de Fundaciones de Cataluña sobre la dotación inicial y aportación de la dotación, respectivamente; la Ley 44 de la Compilación de Navarra y el art. 11 de la Ley de Fundaciones de Canaria cuando regula la dotación fundacional para el desarrollo del *primer programa de actuación* o, claro está, el art. 7,2º de la Ley de Galicia. Esta aportación patrimonial inicial o primera, necesaria para el nacimiento de la Fundación, no deja de ser el primer paso, la primera aportación de bienes, derechos y valores que formarán el total patrimonio de la fundación, sin perjuicio de las matizaciones que luego seguirán.

La dotación fundacional -tanto en la Ley de 1994 como en la vigente de 2002- es la primera aportación para cumplir con el mínimo legal de lo que se puede llamar dotación o patrimonio inicial, ideal, imprescindible para asegurar que la Fundación podrá cumplir con los fines y programas propuestos, evitando que puedan nacer Fundaciones virtuales o con un patrimonio insuficiente que lleve a lo que se ha llamado la *despatrimonialización creciente* de las Fundaciones y a aceptar, por su realismo, aquella división entre fundaciones instrumentales y fundaciones de actividad a la que hace unos años se refería el notario barcelonés PUIG SALELLAS en un trabajo que tituló *Una reflexión sobre las fundaciones privadas y sobre algunos aspectos de su regulación*, pues se debe evitar que nazcan a la vida del Derecho Fundaciones que depositen toda su confianza en los recursos externos en lugar de hacerlo sobre su propio patrimonio. Por eso las Leyes sobre Fundaciones *siempre* han exigido la presencia “ab initio” de un cierto patrimonio adecuado y suficiente -así, exclusivamente, en la Ley derogada- y de 30.000 Euros en la Ley vigente, cantidad que se estima suficiente pero que puede ser menor⁹.

Una primera cuestión que conviene delimitar y que es tradicional en la doctrina es la de responder a la pregunta de si es lo mismo dotación que patrimonio fundacional, cuestión que se planteaba en la legalidad precedente y que cabe seguir preguntándose, si bien deseo adelantar que a mi juicio estamos ante una masa de bienes, derechos o valores de naturaleza patrimonial pero con funciones diferentes. Cabría resumir afirmando que la dotación es esencial y el patrimonio necesario¹⁰. Se puede pensar que la dotación es aportación inicial, acto primero de destino de bienes y derechos de cualquier clase que permite el nacimiento del Ente fundacional y garantiza la seriedad del acto y patrimonio todas las demás aportaciones que forman los bienes de

⁸ DE LORENZO GARCÍA, *El nuevo derecho de fundaciones*. Madrid, 1993, págs. 393 y ss.

⁹ Cfr. el trabajo de PUIG SALELLAS, José María, *Una reflexión sobre les fundacions privades i sobre alguns aspectes de llur regulació*, Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. Ediciones de la Generalidad. Barcelona, 2000.

¹⁰ Esencialidad de la dotación que debe defenderse frente otras posiciones aisladas y sin mayores consecuencias, pues de no ser así cabría la *colación de personalidad jurídica, por mero arbitrio del individuo, a cualquiera elucubración sin consistencia real, y no parece que el ordenamiento pueda autorizar esa proliferación de sujetos vacíos de contenido*, cfr. en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I (Parte General), vol. 2º, Personas, 3ª ed. DYKINSON, 2002, pág. 318.

la Fundación que ha ido recibiendo en cada momento y por ello, a mi juicio, la dotación forma parte del patrimonio si bien con funciones diferentes.

Hay que reconocer que en la Ley derogada de 1994 y menos en la vigente de 2002, no resulta fácil deslindar ambos conceptos. Empiezan las dificultades porque no se define que sea la dotación, ni en el derogado art. 10 de la Ley de 1994 ni en el art. 12 de la vigente, y por lo tanto difícilmente se puede diferenciar del patrimonio fundacional. Además poco o nada ayudan otros preceptos de la Ley vigente. Ni el art. 19 cuando trata de la composición, administración y disposición del patrimonio, que en el apartado 1 afirma que: “Que el patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la *dotación*...” e igualmente se presta a confusión la literalidad del art. 27 al tratar del destino de rentas e ingresos, ya que si se está atento a lo que dicen ambas normas, parece que en el art. 19 se llega a confundir dotación y patrimonio en tanto que en el art. 27 se separan ambos conceptos.

Sin embargo, cabe señalar que mientras que del art. 12 de la Ley vigente, que trata precisamente de la dotación, no hay dudas en afirmar que la dotación es capital fundacional, del art. 27 de la Ley vigente se deducen otras funciones que son propias de la “dotación” al establecer que a la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70% de los resultados de las explotaciones económicas y destinar el resto, es decir, el 30%, a incrementar la dotación, por lo que no ha faltado quien ha observado que estamos ante un activo circulante o un activo productivo que puede crecer a lo largo de la vida de la fundación, con una naturaleza dinámica patrimonial diferente de la ida estática que se puede tener del concepto de dotación.

En relación con la Ley de 1994 la doctrina no estaba de acuerdo. Unas veces se utilizan ambos conceptos indistintamente, así se puede citar a Caffarena, Calle Rodríguez o Morillo González y otros establecían diferencias como Rebollo Álvarez-Amandi. Con la nueva Ley, si bien creo que la normativa ayuda algo más a diferenciar ambos conceptos, se siguen planteando las mismas cuestiones en cierto modo estériles, pues de lo que se trata es no tanto -pienso yo- de buscar naturalezas diferentes, que no la tienen, cuanto de ver que cumplen funciones diversas, de modo que la distinción sí que tiene consecuencias diferentes.

En este sentido y si bien referido a la Ley derogada, pero aplicable a la vigente, se puede leer en LACRUZ BERDEJO¹¹ lo siguiente: “Hoy, puesto que tanto la dotación como el patrimonio de la fundación puede estar constituido por bienes y derechos de cualquier clase (arts. 17 y 19 LF), la cuestión se plantea de manera distinta, pero la distinción sigue teniendo consecuencias, por ejemplo, en cuanto a los requisitos para la enajenación o gravamen, pues la de los bienes y derechos que forman parte de la dotación o están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales requieren autorización del Protectorado en todo caso, mientras en los demás bienes sólo en ciertos supuestos (vide art. 19 LF). Por otra parte, las rentas y cualesquiera otros ingresos han de destinarse en alta proporción (al menos, el 70 por ciento) a la realización de los fines fundacionales, y sólo el resto ha de destinarse a incrementar la dotación fundacional (art. 25 LF)”. Y tal criterio es perfectamente aplicable a la legalidad ahora vigente con sólo cambiar los arts. de la Ley de 1994 por los actuales números 21 y 27 de la vigente. Dotación y patrimonio en cierto modo son dos aspectos

¹¹ Cfr. en LACRUZ BERDEJO, op. cit., en pág. 319.

del patrimonio fundacional. La dotación es evidente que forma parte del patrimonio fundacional si bien este es más amplio, lo forma la totalidad de los bienes y derechos de la Fundación y la dotación, como afirmó el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de marzo de 1983 *es requisito esencial, sea cual fuere su naturaleza jurídica, para la existencia de la fundación.*

Yo me permito añadir algo a la manifestación del Alto Tribunal que parece dejar de lado su naturaleza jurídica y en este sentido creo que no hay error en afirmar que la dotación tiene naturaleza patrimonial; que siempre forma parte del patrimonio de la Fundación, pero que no todo el patrimonio fundacional tiene la naturaleza dotacional, ya que como hemos visto la Ley -tanto la derogada como la vigente- le une funciones diferentes. La distinción debe hacerse porque sigue teniendo consecuencias igualmente diferentes.

La dotación, con el contenido que recoge el apartado 1 del art. 12 de la Ley vigente, es el desembolso inicial para poder constituir la Fundación que sin dejar de ser "patrimonio" -entre comillas- el día del nacimiento jurídico del Ente, a lo largo de la vida de la Fundación lo deseable es que el patrimonio sea de mayor volumen que la dotación inicial que también se puede quedar inalterable cumpliendo las funciones que la Ley le asigna o seguir aumentando como se desprende de los apartados 3 y 4 del propio art. 12 de la Ley. Se ha dicho muy gráficamente que *el patrimonio de la Fundación es el género y la dotación es la especie*¹². Y desde luego, no creo que estas consideraciones queden en entredicho por la posibilidad de que la dotación -como se desprende del art. 12 de la Ley- se pueda llevar a cabo en forma sucesiva o que se considere como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que "dicha obligación conste en títulos de los que llevan aparejada ejecución", pues queda claro que no se trata de "mero propósito de recaudar donativos" ya que la garantía de la aportación es lo que le da naturaleza dotacional, garantías que el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal exige en su art. 3,4¹³.

Recientemente SERRANO CHAMORRO¹⁴ ha puesto de manifiesto una serie de diferencias entre patrimonio y dotación y llega a utilizar, con acierto, el simil de capital y del patrimonio de la sociedad anónima y algo hay de ello ya que, como es sobradamente conocido, en tanto que el patrimonio es el conjunto efectivo de bienes de la sociedad que está sujeto a las mismas oscilaciones que el patrimonio de una persona física, que aumenta si las cosas van bien y disminuye en caso contrario, lo que llamamos *activo* o *pasivo*, en cambio el *capital social* es una cifra permanente de la contabilidad que es una de las menciones esenciales de la escritura de constitución o, dicho con otras

¹² Cfr. a GARCÍA ANDRADE, *La fundación: un estudio jurídico*. Escuela Libre Editorial. Madrid, 1977, pág. 133. Véase el trabajo de PUIG FERRIOL, *El patrimonio fundacional en la Ley de fundaciones catalana*, en ADC, 1983, págs. 1641 y ss.

¹³ Art. 3,4 del RGF (Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero) que afirma lo siguiente: "Los compromisos de aportaciones de terceros a favor de una fundación sólo tendrán la consideración de dotación si están garantizados formalmente por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Las garantías habrán de quedar descritas en la escritura fundacional."

¹⁴ La 2ª edición de la excelente monografía de la Profª. SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Ed. Thonson, Civitas, 2003, en las págs. 111 a 227 constituye una aportación de enorme interés para la inteligencia de la nueva Ley de Fundaciones de 26 de diciembre de 2002. Y en relación con la Ley derogada de 1994 cfr. la monografía de CARRANCHO HERRERO, Mª. Teresa, *La constitución de fundaciones*, J.M. Bochs Editor. Barcelona, 1997, particularmente en las págs. 120 a 123 y 207 a 270.

palabras, es requisito esencial para el nacimiento de la sociedad anónima. La exigencia de esa declaración de capital social como mención necesaria de la escritura, es tanto como significar la *determinación* o concreción de lo que los socios han aportado o se han comprometido a aportar y que la sociedad se compromete a conservar en interés de los acreedores. Disponer de un patrimonio por lo menos igual a la cifra del capital social. Pues bien, la dotación vendría a ser el equivalente del capital social en tanto que lo demás no destinado inicialmente a la realización de fines fundacionales es el patrimonio de la Fundación.

El patrimonio inicial que durante la vida de la Fundación puede quedar inalterado o verse aumentado, constituye la dotación fundacional, y mientras que la dotación siempre forma parte del patrimonio, no todo el patrimonio de la fundación tiene la calificación jurídica de dotación.

Para terminar este apartado relacionado con las diferencias y puntos en común entre dotación y patrimonio, me limitaré a las siguientes, además de las ya expuestas: 1ª) La dotación, su valoración y la forma y realidad de la aportación son extremos que deben figurar necesariamente en la escritura de constitución. Tal cosa no se pide para el patrimonio; 2ª) La dotación está vinculada de manera muy especial a los fines fundacionales, digamos que no es que el patrimonio no lo esté, que si lo está como se desprende del art. 23, a), pero la dotación de manera más intensa; 3ª) La dotación, al tener que ser adecuada y suficiente, sin perjuicio de criterios de cierta flexibilización, y tener que cumplir con un mínimo legal, es evidente que supone una garantía añadida y especial frente a los acreedores y fines fundacionales y de ahí la exigencia legal de mayor control y régimen de publicidad; 4ª) La dotación en caso de modificación hace necesaria su constancia registral inmediata y 5ª) que la exigencia de adecuación y suficiencia se predica de la dotación y no del patrimonio y ello sin lugar a dudas porque el Legislador estima que no importan tales calificaciones para el aporte patrimonial y sí en la dotación, sea cual sea su momento. Sin embargo, entiendo que la exigencia no está tanto en lo que acabo de decir como en la necesaria *cuantificación* de la dotación a diferencia de las aportaciones que se hacen en el ámbito patrimonial general.

III. Suficiencia y adecuación para el cumplimiento de los fines fundacionales

En la Ley de Fundaciones de 1994 en el apartado núm. 1 del art. 10 solamente se hablaba de que la dotación tenía que ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. La Ley vigente de 2002, en el art. 12, 1 añade algo más. Esta es una de las novedades de la nueva Ley que dice lo siguiente:

“Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros. Cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos”

Pero se debe subrayar que no todos los comentaristas son partidarios de una dotación inicial y desde luego menos de acuerdo se está en exigir una dotación *mínima* para poder hablar de constitución. La verdad es que nuestra Ley vigente no exige una cantidad mínima con rigor, sino que dice que *se presume* suficiente la cantidad de 30 mil euros, pudiendo ser inferior y sujetando una dotación inferior a su justificación.

Yo creo que el Legislador español se ha colocado en un término medio entre aquellas legislaciones que exigen con rigor una cantidad mínima dotacional (en Francia creo que es una mínima de 5000 francos y máxima de 7000 francos) y las que son laxas, con la finalidad de evitar males peores y demostrar un empeño serio de dar vida a una Fundación. En este sentido riguroso se manifestaron en relación con la Ley derogada CAMPO ARBULO y RAPOSO ARCERO¹⁵. Este último Autor afirmaba que un mínimo exigible (sin posibilidad de bajar de ese tope) era necesario para que las fundaciones no fueran denominaciones simples o artificios jurídicos, cauce incluso -decía- para la captación de fondos encubriendo fiduciariamente auténticas sociedades, pues las fundaciones tienen otras finalidades como “vehículo canalizador de la iniciativa privada en los múltiples campos en que satisfaciendo el interés general pueden desarrollar sus funciones”. Pero en contra de esa corriente de opinión hay quienes defienden un criterio mucho más flexible incluso sin cantidad mínima, ya sea porque hay Fundaciones que necesitan muy poco patrimonio o porque no se debe limitar el derecho de fundación¹⁶.

El *juicio de suficiencia y adecuación* tal y como lo estableció la derogada Ley de 1994 en el art. 10,1 fue objeto de críticas por parte de la doctrina ya que se trataba de una referencia genérica para lograr el cumplimiento de los fines fundacionales y que suponía, se ha dicho, un concepto jurídico indeterminado que quedaba siempre a la apreciación del Protectorado y a lo que poco o nada añadía el art. 3,2 del Reglamento a la derogada Ley de 1994. En cambio es más acertado el criterio que siguen algunas Leyes autonómicas como la del País Vasco que en su art. 9 pide que la suficiencia y adecuación esté expresamente referida al primer Programa de actuación o el art. 11,2 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Valencia que afirma que *La dotación deberá consignarse, ya sea dineraria o no dineraria, en la moneda de curso legal en España, y deberá ser adecuada y suficiente para con sus rendimientos financiar al menos el 50% de los gastos previstos en el primer programa de actuación de la fundación, lo que deberá acreditarse con un estudio económico de viabilidad* y en igual sentido de mayores concreciones y de enorme pragmatismo jurídico la Ley de Cataluña del 2001 dice en su art. 8 que trata de la aportación de la dotación (rúbrica a mi juicio muy significativa) ... *que en cualquier caso, la dotación inicial ha de ser suficiente para llevar a cabo las actividades fundacionales*, juicio de suficiencia referido a las actividades y que si lo unimos con lo que dispone el art. 10,2 de la misma Ley catalana al regular la financiación de las dichas actividades, como requisito previo a la inscripción de la Fundación que vale tanto como decir al nacimiento del Ente a la vida del Derecho, ordenando que se ha de presentar al Protectorado, con la carta fundacional, la previsión de ingresos y gastos del primer año de actividad y una previsión de las actividades que se llevarán a cabo en ese periodo de tiempo, es evidente que las cosas se afinan más y

¹⁵ Cfr. DEL CAMPO ARBULO, *Temas polémicos del Título I de la Ley y soluciones posibles*, Las Fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable. Fundación Futuro, Madrid, 1995. Y RAPOSO ARCERO, *Manual de Fundaciones. Análisis del articulado del Capítulo II de la Ley 30/1994*. Ed. Civitas, Madrid, 1999.

¹⁶ En este sentido se manifestaron, siempre en relación con la Ley de Fundaciones de 1994, entre otros, DIAZ BRITO, *El desarrollo del artículo 34 de la Constitución por la Ley de Fundaciones Canaria*, en "Derecho Privado y Constitución", núm 8. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1999. Y también GOMEZA OZAMIZ, *Intervención en el encuentro de Fundaciones bajo el lema Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas*. Fundación BBV-Centro de Fundaciones. Bilbao, 1994. En igual sentido DE PRADA y COBO GALVEZ.

mejor, si bien no deja de llamar la atención por lo que de excesivo *relativismo temporal* puede tener el que en estas Leyes autonómicas el juicio de suficiencia y adecuación y por lo tanto de concesión de la personalidad jurídica fundacional se concentre en el *primer año* y tal vez sea poco tiempo.

No cabe duda de que en estas Leyes autonómicas, a diferencia de lo que decía la Ley nacional de 1994, se torna más exigente el alcance del juicio de suficiencia y adecuación de la dotación inicial. Ante las críticas a la Ley derogada y la regulación más precisa de algunas Leyes autonómicas, el art. 12 de la vigente Ley ha sido más extenso y trata de solventar no la posible cuantía máxima de la dotación que, por principio, no plantea cuestión alguna, sino al contrario si cualquier dotación o patrimonio inicial puede ser aceptable para constituir la base económica de una Fundación.

Tanto en la Ley derogada como en la vigente se utiliza la misma expresión y ya fue objeto de críticas la doble manifestación de suficiencia y adecuación por estimar algún Autor que era redundante porque si la dotación es suficiente es también adecuada y si es adecuada es igualmente suficiente. Yo no lo creo así del todo porque puede ser o tratarse de una aportación inicial en dinero y entonces ser suficiente y adecuada al proyecto fundacional pues que siendo dinero estimo que siempre es adecuado dada la posibilidad de emplearlo en cualquier proyecto para el que la cantidad sea suficiente al primer Programa de actuación. Pero si la aportación no es dineraria (ap. 2,2 del art. 12) puede que su valor sea suficiente, pero no adecuada para los fines fundacionales, como sería aportar unas tierras de secano, suficientes bien por llegar a los 30 mil euros o suficiente por justificarse así debidamente, pero no adecuada a los fines que se proyectaban en la Fundación si eran totalmente ajenos a labores agrícolas, o el caso de las llamadas *Fundaciones-Establecimiento* en las que la adecuación dotacional prima sobre la suficiencia, como ocurriría en una Fundación para personas de la llamada tercera edad en la que lo importante es el edificio, el establecimiento.

También se ha dicho que la suficiencia de la dotación es algo *relativo* ya que hay fundaciones que exigen menos y otras más. En este sentido ÁLVAREZ ÁLVAREZ en relación a la Ley derogada pensaba así y desde luego mi experiencia personal en Fundaciones eclesíásticas es que algunas creadas a principio de los años 80 con una dotación que en el momento de su nacimiento era más que suficiente, han desaparecido. Otra cosa es que se quiera evitar y con buen sentido dotaciones y patrimonio simbólico que determinen que tengan o que extinguirse o vivir de los presupuestos del Estado¹⁷.

En cualquier caso la Ley vigente si bien establece el mínimo de los 30 mil euros, está bien claro que admite dotaciones de menos importe si el fundador justifica que es una dotación inicial adecuada y suficiente para los fines fundacionales y en este sentido, a mi juicio, se mantiene el mismo criterio de la Ley derogada que primaba el derecho constitucional de fundación al importe de la dotación económica, siempre y cuando ex art. 35 de la Ley vigente el Protectorado informe sobre la suficiencia dotacional de aquellas fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los arts. 3 y 12 de la misma Ley. Lo que significa que la nueva Ley no sienta ni mucho menos un criterio rígido sino que permite al Protectorado modificar

¹⁷ Cfr. el trabajo de ALVAREZ ALVAREZ, José Luis, *El protectorado de fundaciones: visión moderna*, en Boletín núm. 46 del Centro de Fundaciones de ADENLE, 1991, 4º trimestre. Año 1991. Y recientemente, ya en relación con la Ley vigente, la excelente monografía de SERRANO CHAMORRO, *Las Fundaciones: Dotación y Patrimonio*, Ed. Thomson, Civitas, 2ª ed. Madrid, 2003.

la aportación inicial ante -supongo- casos singulares que dicho Órgano tendrá que analizar de manera cuidadosa e individualizada y ello está en consonancia con lo que establece el art. 3 del Reglamento de Fundaciones.

Sin embargo, no ha faltado quien con relación al art. 32, c) de la Ley de 1994, que bien pudiera aplicarse al actual art. 35 f) de la Ley vigente, afirmaba que conceder al Protectorado esa función suponía *un regalo envenenado* por razones tributarias¹⁸.

Pienso que si en la Ley de 1994 se admitían fundaciones con dotaciones iniciales moderadas, en la Ley vigente se permiten de manera expresa dos opciones: una con carácter general que supone dotar con la cuantía mínima legal de los 30 mil euros y otra oportunidad de dotación menor debiendo justificarse según afirma el apartado segundo del número 1 del art. 12. Y en este segundo supuesto es donde los comentaristas han puesto de manifiesto sus reservas ya que, se dice, puede resultar insegura esa apreciación y en cierta medida se vuelve a la Ley de 1994.

Yo no pienso así y aun teniendo presente las críticas a la Ley de 1994 sobre la respuesta a la pregunta de *¿cuándo será suficiente la dotación?* lo cierto es que los autores pensaban que era bueno adoptar un criterio flexible y no rígido que consintiera dar ese juicio entre los medios asignados (la dotación inicial) y a la actividad marcada en el proyecto fundacional, como en efecto puede ocurrir en el caso de Fundaciones culturales privadas y la prueba está en que el Reglamento de 1972, al referirse a estas Fundaciones, no exige que tengan que contar necesariamente con un capital suficiente de manera absoluta y rígida, sea porque la dotación inicial puede incrementarse en lo sucesivo o porque el mismo objeto fundacional carece de tal precisión que no permita de antemano conocer el coste de sus servicios.

Esta misma idea me parece encontrarla en el art. 12 de la Ley que estoy comentando, al permitir aportaciones dinerarias sucesivas y el que puedan formar parte de la dotación NO INICIAL bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.

Desde luego la novedad de la Ley vigente es la *dotación mínima cuyo valor económico alcance los 30 mil euros* y que antes no se exigía, aunque ahora quede sujeta a cierta flexibilización. ¿Ha sido acertado? ¿Es conveniente? En relación con la Ley derogada ya COBO GÁLVEZ se ocupó de la cuestión¹⁹ y la verdad es que no llegó a dar una respuesta, sino más bien una serie de subsiguientes preguntas para reflexionar entre las posibles opciones que tenía el Legislador entre no establecer cuantía alguna, establecer una dotación inicial como requisito o presupuesto necesario para la constitución o bien un criterio que permitiera valorar la viabilidad de la Fundación en relación con el fin fundacional.

¹⁸ Así pensaba, en relación con la Ley derogada de 1994, DEL CAMPO ARBULO, *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones...* Fundación MAPFRE. Centro de Fundaciones, Madrid, 1996. Las razones -según este Autor- eran que al permitirse al Fundador determinar los fines, los podía establecer tan genéricos que resultaban incuantificales y además por razones tributarias, ya que si el desembolso inicial está exento o muy bien bonificado, no tendrá inconveniente alguno en dotar al máximo, pero si la fiscalidad es neutra en el momento inicial y no así las aportaciones posteriores, ya clasificadas, es evidente que la dotación inicial será mínima y la aumentará con posterioridad.

¹⁹ Cfr. COBO GÁLVEZ, *Comentario al artículo 10 de la Ley de Fundaciones*, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

El Consejo de Estado²⁰ en el Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de fundaciones vigente se manifestó en el sentido de no establecer una cuantía mínima que pudiera impedir la constitución de la fundación y casi con toda seguridad cuestiones de inconstitucionalidad al entenderse que se limitaba el derecho de fundar, sino en el de establecer una presunción *iuris tantum* de que la dotación era suficiente si alcanzaba los treinta mil euros, pero pudiendo en cada caso valorarse la adecuación y la suficiencia. E incluso el citado Dictamen del Consejo de Estado estimó acertado el que la Ley atribuyese como una de las funciones del Protectorado informar sobre la suficiencia dotacional en cuanto responde a lo que ya había resuelto el Tribunal Constitucional en Sentencia 49/1988, de 22 de marzo al decir que se trataba de *asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de sus bienes*²¹.

A mi juicio el texto legal del art. 12,1 de la nueva Ley aventaja al criterio del apartado 1 de la Ley derogada, pues decir solamente que la dotación *ha de ser adecuada y suficiente* era -a todas luces- inadecuado e insuficiente, pues por muchas cuestiones de valoración a que pueda dar lugar la nueva redacción del art. 12,1, lo que si creo es que evita que aparezcan Fundaciones *recaudatorias* o que ocurra, como efectivamente sucedía, que nacieran al mundo del Derecho Fundaciones con tan escasa dotación que les era imposible llevar a cabo el programa fundacional o tener que acudir a las subvenciones del Estado, que también incurría en iguales despropósitos al amparo de una norma poco correcta. Suficiencia y adecuación son limitaciones y cautelas que han mejorado, sin duda, en la Ley vigente, como medios para alcanzar, sin problemas, el fin fundacional.

Me parece que la redacción del nuevo art. 12,1 de la Ley de Fundaciones mejora el texto anterior porque no se limita a repetir que la dotación ha de ser suficiente y adecuada con lo que estaba de acuerdo la práctica unanimidad de la doctrina que comentaba la Ley de 1994 evitando tantas fundaciones “fantasmas”, sin excluir claro está, la creación de fundaciones por el sistema de suscripciones y contra las que se alzó en la doctrina alemana ENNECERUS-KIPP-WOLFF, sino que establece un mínimo legal y aún permite que sea inferior, siempre que se haga un informe razonado. Este criterio de la Ley vigente, pienso, que ni siquiera es obstáculo para pensar en la viabilidad de aquellas Fundaciones *gerenciales* a las que se refirió DE PRADA, sino que se adapta mejor a su posibilidad.

²⁰ Cfr. Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley de Fundaciones de 9 de julio de 2002. Comisión permanente. Expediente 1636/2002. Presidencia En el Dictamen se va haciendo una exposición y "valoración" de los diferentes Informes recibidos de Presidencia del Gobierno, Confederación Española de Fundaciones, etc. En el punto 2, J, al tratar de la dotación inicial se le llama *volumen patrimonial*.

²¹ STC 49/1988, de 22 de marzo (BOE de 13 abril 1988) y Ponencia del Excmo. Sr. D. Ángel LATO-RRE. La sentencia nace de un recurso de inconstitucionalidad que había sido promovido por la Generalidad de Cataluña y por la Junta de GALICIA en relación con las Normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorros. El TC admitió parcialmente el recurso. Se estudia el tema de las competencias en materia de Cajas y Fundaciones (núm. 26 de los antecedentes de hecho) y son de interés los FJ núm. 5, 7, 8, 9, 10 y 11.