

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

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS
ACADÉMICO CORRESPONDIENTE

Resumen

La legislación fundacional española diferencia entre la primera aportación de bienes imprescindible para el nacimiento del ente fundacional y las sucesivas a lo largo de la vida del ente fundacional. La posibilidad de que la aportación inicial pueda revertir a los herederos del fundador cabe que lo haya previsto el fundador en su testamento fundacional. La cuestión ha sido objeto de muy variadas posiciones doctrinales, que se estudian detenidamente en este artículo. Mi posición es positiva, ya que no cabe privar al fundador de establecer esa posibilidad si la fundación no cumple los fines previstos.

Palabra clave: Fundaciones. Dotación. Reversión.

Abstract

Spanish founding legislation difference between the first contribution of assets essential for the birth of founding and subsequent body along the life of the founding body. The possibility that the initial contribution can revert to the heirs of the founder who has planned include the founder in his will founding. The issue has been very different doctrinal positions, which are discussed in detail in this article. My position is positive, since one can not deprive the founder of establishing such a possibility if the foundation does not meet the intended purpose.

Keywords: Foundations. Endowment. Reversal.

El acto de la dotación. Su naturaleza jurídica

Me quiero ocupar de una cuestión que, como las anteriores, no es nueva. Al contrario, ha sido objeto de análisis por la doctrina de manera reiterada. Me refiero a la naturaleza de la dotación fundacional. Voy a espigar entre los Autores aquellos que pienso son mas representativos, a mi juicio. Así ALBALADEJO¹ sin dar mayores

¹ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, I, Parte General. 15ª ed. Librería Bosch. Barcelona, 2002, en págs. 409-410.

explicaciones afirma que la dotación “*hecha inter vivos* o en testamento es un acto unilateral gratuito de la persona que destina los bienes” y dice en nota de a pie de página de manera rotunda y sin más comentario: “No es donación (contrato)”. Por su parte DIEZ-PICAZO y GULLÓN² cuando estudian el negocio jurídico fundacional y su naturaleza dicen de manera muy expresiva para nuestro propósito lo que sigue: “La Ley no requiere sólo que se exprese la voluntad de constituir una fundación, sino también que se realice la dotación, porque el ente “fundación” es la personificación de un patrimonio adscrito a un fin. La escritura pública recoge el negocio jurídico fundacional como forma sustancial del mismo. A la vista de los requisitos legales, puede decirse que se trata de un negocio jurídico de destinación de bienes a un determinado fin, o fines, de interés general, *de carácter dispositivo y gratuito, y no recepticio, pues la voluntad no necesita ser notificada a nadie para que produzca efectos*”. A mi juicio y pienso que al de cualquiera que lea esas líneas, la idea es que la dotación, dentro del negocio jurídico fundacional (sin escindir negocio fundacional y dotación como se ha cuestionado en la doctrina alemana entre otros por DERNBURG y Von THUR)³ no es una donación-contrato, pero si es un negocio gratuito y dispositivo. Unos expositores tan a tener en cuenta en la doctrina civil española como lo son los coautores de la obra de LACRUZ BERDEJO en su última edición del año 2002 del vol. I de la Parte General, al referirse al acto de dotación afirman lo que sigue: “El negocio de fundación, al comprender en sí un acto de transferencia de bienes sin corresponsivo, es gratuito: todo él, y no la disposición patrimonial indispensable para su validez”. Y añaden: “Mas ésta -es decir la dotación- no es propiamente una donación, puesto que falta el donatario: la atribución no es aceptada, sino constituida ella misma en elemento esencial del acto de creación del nuevo ente. En la fundación *inter vivos* hay que contemplar un efecto de la voluntad unilateral, como lo demuestra la virtualidad de su creación por acto *mortis causa*, sin necesidad de que nadie acepte la declaración testamentaria, y sí sólo de un sujeto que cuide de su ejecución. Pero un efecto definitivo, porque la atribución liberal ya no es revocable: no se trata de una simple oferta”⁴.

Otros Autores no llegan a decir que estemos ante una donación y hablan de “paralelismo entre dotación y donación” y no dicen que sea donación, pero sí que se le aplicarán las reglas de la donación, lo que no es del todo exacto. Así piensa CARRANCHO HERRERO⁵.

La naturaleza jurídica del acto de dotación es, sin duda alguna, como casi todo lo jurídico, materia opinable. Desde quienes piensan que se trata de una oferta de donación (GIERKE) o que estamos ante un “tipo propio de negocio” (KÖHLER) o “destinación

² DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, Introducción. Tecnos, 2003, en la pág. 619-620.

³ Cfr. GARCÍA-VALDECASAS, G. *Parte General del Derecho Civil español*. Civitas, Madrid, 1983, en la pág. 274 y 275 y nota 7.

⁴ LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil, I*, Parte General, vol. 2º (Personas), DY-KINSON, Madrid, 2002, en la pág. 319.

⁵ CARRANCHO HERRERO, M^a. Teresa, *La constitución de fundaciones*, J.M. Bosch, Editor, Barcelona, 1997, en la pág. 120 y en las págs. 222 y ss. Y así piensan también otros comentaristas de la derogada Ley de 1994 como GÓMEZA OZAMIZ y REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, citados por SERRANO CHAMORRO en su monografía ya citada en nota 14. Y entre veteranos comentaristas en la materia opina que dotación y donación son equiparables, BADENES GASSET, en su trabajo sobre “El negocio jurídico de fundación”, en RJC, Barcelona, 1959 y más tarde en su tratado sobre fundaciones, *Las fundaciones en el Derecho Privado*, T^o. I, L. Bosch, Barcelona, 1986, en la pág. 71-72, y allí interesantes observaciones en las notas 190 a 197.

de un patrimonio a un fin” (DEMELIUS) o que se trata de encontrar un mecanismo técnico adecuado -como señala entre nosotros LÓPEZ JACOISTE- para poder hacer efectiva la liberalidad social, mecanismo -añadiría LÓPEZ JACOISTE- que consiste en estructurar causalmente el fin fundacional. El fin es lo que se pretende, pero antes de obtenerse como efecto, el fin actúa como causa⁶.

Pero ha sido recientemente y teniendo a la vista la vigente Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, la Profa. SERRANO CHAMORRO la que ha vuelto a tratar la cuestión⁷ tras recoger detalladamente la práctica totalidad de las corrientes doctrinales precedentes. Señala esta comentarista que “propiamente, el acto de dotación no encaja en el concepto de donación que establece nuestro Código Civil en el artículo 618, por cuanto en el mismo establece que la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que la acepta” y lo justifica porque no es posible la aceptación, esencial para la existencia y validez de la donación que por definición no puede darse, ya que el acto de dotación se produce previamente al momento en que el ente fundacional exista y, por lo tanto, no hay quien pueda aceptar la donación, por lo que -termina diciendo- estamos ante un acto de aportación.

¿Pero qué es o en qué consiste ese “acto de aportación”? La citada comentarista se limita a decir eso, sin nada más. Pero analizar en qué consiste y si así, sin más, una vez que la Fundación ha nacido al mundo del Derecho puede inscribir sus bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, a lo que le obliga el art. 20,2º de la vigente Ley de Fundaciones, creo que tiene, como diría el Prof. ALBALADEJO, más conversación. ¿Es suficiente al Registrador de la Propiedad con que se diga en la escritura pública exclusivamente que, por ejemplo, “los aportan gratuitamente? El problema puede tener dos soluciones: A) que estemos ante un defecto insubsanable por falta de expresión de la causa de la aportación, sin lo que no hay contrato ex art. 1271 C.c., ya que si bien desde el punto de vista civil aunque la causa no se exprese, se presume su existencia (art. 1277 C.c.), sin embargo desde el punto de vista registral y de la publicidad no parece que sea suficiente con afirmar en la escritura pública que se aporta gratuitamente, porque al no explicar la naturaleza del título creo que se puede discutir que tenga fuerza traslativa suficiente, por exigencias del principio de determinación registral (arts. 2, 1º y 2º y 9,2º de la Ley Hipotecaria y 51,5º y 10º del Reglamento) Y porque no decir la naturaleza del título puede llevar al Registrador a no poder conocer la capacidad del o de los disponentes y, por lo tanto, la validez del acto dispositivo ex art. 18 de la LH. Y porque nuestro sistema tiene su base en la teoría del título y del modo (art. 609 del C.c.) Y porque hablar de “aportación” sin más no creo que entre en los límites del ar. 1274 del C.c. que estima como causa de los contratos de pura beneficencia la mera liberalidad, sin expresar la causa de dicha aportación o comunicación de bienes, cuya posibilidad cumpliendo otros requisitos no es discutible. La solución B) defendiendo la inscripción se podría mantener en los siguientes términos: 1º) Que, según algunos, el negocio de aportación está admitido en nuestra legislación como negocio traslativo del dominio, como así se puede ver en los arts. 1667 y 1668 del C.c., en el art. 122,2 y

⁶ Estas opiniones las he tomado del Tratado de BADENES GASSET, op. y vol. cit. en las págs. 71 y 72.

⁷ Cfr. el estudio minucioso que hace SERRANO CHAMORRO en la monografía ya citada, en las págs. 72 y ss.

125 del Código de comercio y las Leyes de Anónimas y de responsabilidad limitada. Y porque la DGRN, en el campo de las aportaciones a la sociedad legal de gananciales, lo ha reconocido, así en las RR de 14 de abril de 1989, 11 de junio de 1993 y 18 de mayo de 1996, como medio legítimo para producir cualesquiera desplazamiento patrimonial... con categoría autónoma y diferenciada; 2º) En defensa de la suficiencia traslativa de los bienes, mirando a que la Fundación no tenga problemas para inscribir sus bienes, se puede argumentar que nada se opone a lo establecido en el art. 1255 del C.c. y 3º) Porque es suficiente -como expresión de la causa- con afirmar que la aportación se hace gratuitamente, es decir, sin contraprestación alguna. También se podría añadir, en defensa de que vale o debe valer al Registrador que se hable de negocio de aportación gratuita, el que no está prohibido. O que no se puede pretender que toda disposición gratuita sea donación, ya que actos de liberalidad o gratuito son también la condonación de la deuda, la estipulación a favor de terceros o la renta vitalicia constituida gratuitamente ex art. 1807 del C.c. Pero este último argumento NO me vale, porque ya desde SAVIGNY sabemos que la esencia de la donación son se limita a acarrear una ventaja al beneficiario. La donación ha de producir siempre un empobrecimiento del donante. No basta la gratuidad.

A mi juicio hay que afirmar que estamos ante algo más -sin que deje de serlo- que un negocio de aportación gratuita, siendo indispensable que se precisen debidamente los elementos constitutivos de ese negocio y, en concreto, la causa, ya que la palabra “gratuitamente” no es suficiente para que el Registrador pueda inscribir los inmuebles recibidos.

Por mi parte pienso que estamos ante una aportación inicial absolutamente necesaria y efectiva, adecuada y suficiente, dineraria o no dineraria, real, y que de no consistir en dinero, debe ser tasada. Y si bien no deja de ser donación ya que estamos ante un acto unilateral y gratuito que implica al par una clara voluntad dispositiva, sin embargo toda la doctrina se cuida de advertir que no es una donación ya que no es posible hablar de aceptación del donatario que por principio todavía no existe en el momento de la aportación. Luego si no existe malamente podría aceptar. No estamos ante una donación contractual, pero sí ante un negocio dispositivo y gratuito en el que la atribución, es decir, la donación es por ella misma uno de los elementos, juntamente con otros de la escritura de constitución; se constituye en elemento esencial del acto de creación de la Fundación, en palabras de algún Autor.

Como resulta que estamos ante un “sí” pero un “no” se afirma casi unánimemente que la tradicional cuestión se debe resolver aplicando por analogía las normas de la donación para atender a situaciones de particular interés, como la “forma” de la dotación, la revocación de la aportación, la defensa de los derechos legitimarios del Fundador-donante o la responsabilidad de este. Acaso sería mejor decir que se le deben aplicar las normas de los actos de liberalidad. La donación es un acto de liberalidad y la creación de un Ente fundacional es otro. Y por eso la liberalidad (animus donandi) de la dotación fundacional que se lleva a cabo a través de la donación permite justificar la aplicación de preceptos que el C.c. establece para esta última, no sin puntos discutibles.

Desde luego el requisito de la “forma” está claro que se exige como “forma de ser” o como requisito “ad solemnitatem” en el art. 10 de la vigente Ley y ello con independencia de la naturaleza del medio por el que se transmiten los bienes aportados, pues en la Ley -que yo sepa- no se hace distinción alguna y tal exigencia por criterio general y del Código civil vale tanto cuando se hace mediante negocio inter vivos que si es mortis

causa. Se trata de una regla de salvaguarda de los intereses en juego. Pero algún Autor afirma o nos deja en la duda sobre la posibilidad de permitir libertad de forma en el caso de aportaciones sucesivas⁸ a las que se refiere y permite la Ley de Fundaciones. Yo no veo diferencias que consientan esa posibilidad, pues es evidente que las aportaciones sucesivas pueden consistir en bienes inmuebles y difícilmente se podrá prescindir de la escritura pública y, en todo caso, siempre supondrá una modificación de la dotación inicial y el hecho de que ya esté constituido el Ente fundación no quita que estemos ante liberalidades sujetas en cuanto a la forma a las exigencias del Código civil. Y además, en apoyo a la idea de que también las sucesivas aportaciones piden la escritura pública, se puede aducir el que el art. 3 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal (aprobado por RD 384/1996 de 1º de marzo) dice que son actos sujetos a inscripción: c) “El aumento o disminución de la dotación”, y el art. 5 del mismo Reglamento, al tratar de los títulos inscribibles y documentos incorporados en el número 2 se refiere concretamente a los aumentos o disminuciones, es decir, a las modificaciones dotacionales y dice ser necesaria la escritura pública o testimonio notarial con las firmas legitimadas y, además, la autorización del Protectorado. Sin la escritura pública como requisito ad solemnitatem o como forma de ser no cabe acceder al Registro de las Fundaciones. Pienso, por lo tanto, que también, en las aportaciones sucesivas en cuanto suponen modificación de la dotación inicial de bienes y derechos del patrimonio fundacional, es exigible la forma “ad solemnitatem”.

La reversión de la dotación fundacional a manos de los herederos del Fundador. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003

La opinión doctrinal mayoritaria de encajar la dotación fundacional en la figura de las atribuciones gratuitas, transferencias de bienes sin corrispectivo, lleva a que al acto dotacional le sean aplicables las reglas pensadas para la donación como manifestación singular de las disposiciones “animus donandi”, como las que tratan de salvaguardar las legítimas de los donantes, los derechos de los acreedores y otras cuestiones relacionadas con la donación como la revocación o reducción de donaciones (arts. 644, 654 y concordantes del C.c.) o incluso si cabe o no y en qué medida, si se acepta, lo que se establece en el art. 638 del C.c. sobre saneamiento.

Pero yo me voy a ocupar de una cuestión que igualmente entiendo que es importante: la reversión del patrimonio fundacional, incluida lógicamente la dotación, a las manos de los herederos del Fundador⁹.

La cuestión ha sido objeto de interesantes polémicas doctrinales ya estudiando las disposiciones anteriores al Código civil como es la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y la Instrucción de 14 de marzo de 1899 del Ministerio de la Gobernación, sea llevando a cabo una interpretación minuciosa del art. 39 del Código civil que no parece poner trabas al establecimiento de cláusulas fundacionales que permitan tal reversión a los herederos del Fundador y en cierto modo desarrollado por normas como la O.M. de 25 de enero de 1962 y Decreto de 21 de julio de 1972, así

⁸ Cfr. LACRUZ BERDEJO, op. y vol. cit., pág. 320.

⁹ El problema de la reversión del total patrimonio fundacional es constante en el tratamiento de las Fundaciones. Pero una interesante reseña y resumen de esa doctrina se puede encontrar en la reciente monografía de SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, ya cit., en las págs. 275 y ss.

como analizando la Ley de Fundaciones de 1994 que prohibía la reversión de los bienes a favor de personas físicas o jurídicas de interés privado (art. 31 de la Ley de 1994) y en el art. 33 de la vigente Ley de 26 diciembre 2002 que vuelve a establecer la prohibición.

Pero dentro del problema general de la reversión del patrimonio fundacional yo me voy a centrar en el caso de que el Fundador lo haya previsto en el testamento planteando así la cuestión del valor que ha de darse a la voluntad del fundador reflejada en las disposiciones testamentarias fundacionales.

La reversión del patrimonio fundacional a manos privadas, en general, y en concreto a los herederos del Fundador ha sido polémica en nuestra doctrina y jurisprudencia. Es sabido que defiende tal posibilidad MALUQUER DE MOTES¹⁰, PIÑAR MAÑAS¹¹ y recientemente, ya vigente la Ley de 2002, SERRANO CHAMORRO¹².

Por el contrario se oponen a tal posibilidad CAMPO ARBULO¹³, NIETO ALONSO¹⁴ y más recientemente CUSCÓ y CUNILLERA¹⁵. El argumento de los primeros Autores se puede resumir de la siguiente forma: el que el fundador establezca la reversión de los bienes fundacionales a sus herederos es incompatible con el espíritu fundacional de atender a los intereses generales, porque entre otras razones, añaden, está el que en ese patrimonio que se quiere reversione no se encuentran exclusivamente los bienes y derechos que fueron parte de la dotación inicial del Fundador, sino también otras donaciones de terceros que fueron aportadas para atender a fines generales, al interés público. A estos criterios dos comentaristas de la Ley vigente, CUSCÓ y CUNILLERA, añaden que no cabe tal reversión porque “han trascendido a una esfera jurídica distinta y además han gozado de una serie de beneficios fiscales, con lo cual de producirse su reversión se estaría produciendo un fraude al concepto de interés público. Y no tanto -añaden- por la cuestión fiscal, que podría subsanarse estableciendo, en primer lugar, que sólo los bienes aportados por el fundador a la dotación fueran reversibles, y que se tributaría en función de los beneficios obtenidos mientras estos formaron parte de la fundación y gozaron de un régimen de bonificaciones, sino porque el interés general vería menguada su esfera de actuación al sustraerse de éste una masa de patrimonio que fue en su día voluntariamente adscrita”. Y se suelen añadir otros argumentos incluso de posible inconstitucionalidad porque se piensa que se podría volver a las llamadas “fundaciones familiares”, contrarias al interés general.

Sin embargo la posición afirmativa ha sido defendida recientemente por SERRANO CHAMORRO haciendo un estudio detallado de la doctrina anterior, de la Legislación autonómica y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que resume afirmando que: “A la vista de la disciplina, resulta un verdadero dislate que se prive a los fundadores de la facultad, lógica de otra parte, para decidir el destino de su patrimonio, si por diversas circunstancias su primitiva designación a una obra desinteresada no diera su esperado

¹⁰ MALUQUER DE MOTES, *Notas en torno a las fundaciones y los establecimientos en el Código civil*, en RDP, 1979, págs. 459 y ss.

¹¹ PIÑAR MAÑAS, *Relaciones de las Fundaciones con los protectorados*, en Presente y futuro de las Fundaciones, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

¹² SERRANO CHAMORRO, op. ya cit., en págs. 275 y ss.

¹³ DEL CAMPO ARBULO, *Las fundaciones a fe y conciencia en el Ordenamiento jurídico español*, en la Revista La Ley, 1995.

¹⁴ NIETO ALONSO, *Fundaciones: su capacidad...* Fundación Pedro Barrié de la Maza, 1996.

¹⁵ CUSCÓ y CUNILLERA, op. ya cit., en la pág. 211 y ss.

fruto”¹⁶.

La verdad es que la reversión o la irreversibilidad del patrimonio fundacional o, por lo menos, de la aportación dotacional inicial por parte del fundador es cuestión muy discutida y del art. 39 del C.c., no cabe deducir dificultades para dar preferencia a la voluntad del fundador en relación con el destino de esos bienes aportados. Otra cuestión es que se deban tener en cuenta en sede de liquidación los Estatutos fundacionales y que no sea posible pensar que la voluntad fundacional sea limitada. Opino que cuando la voluntad del fundador está clara, y manifiesta que en el caso de extinción del Ente fundacional (no es el supuesto que se plantean algunos Autores de no llegar a inscribirse la Fundación, porque entonces la no inscripción opera como causa de resolución) los bienes vuelvan al fundador o a sus herederos, tal cosa debe mantenerse. La Ley de Fundaciones derogada de 1994 no contemplaba el supuesto y la jurisprudencia lo ha resuelto con criterios que seguidamente veremos. Con la Ley vigente la solución legislativa no está clara y la doctrina sigue dividida.

¿Qué piensa el Tribunal Supremo sobre esta cuestión? Se puede afirmar que el criterio del Tribunal Supremo ha sido, como regla general, el de admitir la reversión de los bienes fundacionales a los herederos del fundador si así se había previsto en la escritura fundacional o en el testamento y se llegaba a la extinción de la Fundación por la imposibilidad de atender a los fines previstos y que le eran propios. Las sentencias que he tenido en cuenta son, todas ellas, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. En la STS de 28 febrero 1979 (en Ponencia de Ponce de León y Belloso) en el CDO. 2º se establece terminantemente “... es preciso siempre respetar la voluntad fundacional... y por tanto nunca podrá el Estado bajo pretexto ni motivo alguno, incautarse de todo o parte de los bienes que constituyen el capital de la Fundación... ni servir a otros fines que a los expresamente establecidos por el fundador...” y añade en el CDO. 3º “Que la extinción de la Fundación y consiguiente reversión de sus bienes a los herederos y sucesores del fundador...”. En igual sentido la STS de 17 abril 1979 (Ponencia de Martín del Burgo) y en la STS de 7 diciembre 1979 (Ponencia de Jiménez Hernández) y en la de 2 febrero 1985 (Ponencia de Marín Ruiz) el TS aceptando los Considerandos de la sentencia apelada, dice en el 2º que no cabe contrariar la voluntad de la Fundadora que se ha de respetar siempre. En igual sentido la STS de 31 mayo 1985 (Ponencia de Delgado-Iribarren); STS de 24 diciembre 1985 (Ponencia de González Navarro); STS de 6 junio 1987 (Ponencia de Agúndez Fernández); la de 24 enero 2000 (Ponencia de Delgado-Iribarren) y 7 marzo 2001 (Ponencia de Álvarez-Cienfuegos)¹⁷

¹⁶ Me remito a las observaciones que se hacen por la Profª. SERRANO CHAMORRO sobre el sentido que sobre la materia se mantiene en las Leyes Autonómicas de Navarra, Cataluña, Ley Gallega, Canaria, País Vasco, Aragón, Asturias, Comunidad de Madrid, Comunidad de Valencia y Castilla-León. Desde luego la reversión está explicitada en la Ley de la Comunidad de Madrid y en la Compilación de Navarra Ley 47 en relación con la Ley 224. En la Ley Galicia parece que nada impide la reversión a los herederos del Fundador, sea por lo que se dice en el art. 24 que por la afirmación en sentido afirmativo del art. 39,5 del Reglamento Gallego de Fundaciones, aprobado por Decreto 248/1992, de 18 de junio (DOG, núm. 161, de 19 agosto 1992 y corrección de errores en DOG de 2 noviembre 1992).

¹⁷ En todas estas resoluciones de la Sala 3ª del T.S., a mi juicio claro está, se desprende la idea de conceder prioridad a la voluntad fundacional y considerando ese principio general de dar preferencia a lo que ha dispuesto el Fundador en los Estatutos puede interpretarse lo que establecía tanto el art. 9, 1 f) de la Ley del 94, como el art. 11, 1 f) de la vigente Ley de 26 diciembre 2002. No veo enormes dificultades para que en los Estatutos se regulen los términos de transformación o extinción del Ente fundacional y fijar el destino de los bienes. No debe chocar con el necesario control del Estado porque no veo en el establecimiento de aquellas

Sin embargo una reciente *Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003*¹⁸ se aparta del criterio anterior, acercándose al que ya fue doctrina jurisprudencial en las Sentencias del T.S. de 28 julio 1981 y 20 diciembre 1985, con una doctrina, a mi juicio, equivocada. Los hechos se refieren a la Fundación “Obrador de San Pedro y Santa Teresa” creada por testamento en el año 1932 por la Marquesa de Yanduri. La Fundación tenía como objeto “preservar de los graves peligros morales que suelen amenazar a las obreras jóvenes” y para ello se crea la Fundación con un Obrador de ropa blanca que se pone al cuidado de las Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl. Y se hace constar en el testamento que la Fundación “no tendrá nunca otro objeto ni otro domicilio que los ya expresados”. La Fundación Yanduri funcionó de acuerdo con la voluntad de la testadora durante décadas, pero a principio de los años ochenta dejó de cumplir con los fines fundacionales. El edificio donde estuvo ubicada, el Palacio Yanduri, fue abandonado e incluso objeto de expolio hasta que la Junta de Andalucía se hizo cargo de la Fundación constituyendo un nuevo Patronato. El edificio Palacio Yanduri se rehabilitó y fue alquilado al Banco de Santander estableciendo allí una de sus Sucursales regionales. Y la Junta de Andalucía afirma que el importe de las rentas se invierten en obras sociales, sin que se hay probado suficientemente ni tampoco que se cumplan los fines específicos de naturaleza social que quiso la Marquesa de Yanduri en su testamento fundacional.

En esta situación, las herederas de la Sra. Marquesa piden al Juzgado y posteriormente a la A.P. de Sevilla y a la Sala 1ª del Alto Tribunal que: 1º. Se declare que son herederas de la Fundadora, 2º. Que la Fundación no puede tener otro domicilio ni otros fines sociales que los establecidos expresamente por la testadora, 3º. Que al no cumplirse tales extremos, pues el domicilio es otro y los fines igualmente, debe entregarse el inmueble y los demás bienes de la Fundación a los sucesores de la Sra. Marquesa. El Juzgado de 1ª Instancia núm. 9 de los de Sevilla absolvió a la demandada Fundación con expresa imposición de costas a los actores, sucesores de la Marquesa. Apelada la sentencia la AP volvió a desestimar en su totalidad la demanda origen de las actuaciones y se interpuso recurso de casación.

La cuestión litigiosa se centraba, como queda reflejado, en si la Fundación cumplía o no los objetivos queridos por la fundadora, relativos a dar educación cristiana y preparación para una actividad remunerada y decorosa a jóvenes obreras en el Palacio

disposiciones estatutarias un excesivo respeto a la voluntad fundacional. Debe tenerse en cuenta el criterio de CAFFARENA LAPORTA, *Modificación y extinción de las fundaciones*, en Cuadernos de Acción Social, 1987, núm. 4, pág. 110.

A mi juicio debe prevalecer siempre el sentido más favorable a la libertad de decisión del Fundador expresada con toda evidencia en los Estatutos o en el testamento, siempre que no vaya contra lo dispuesto imperativamente en la Ley. En este sentido pienso que se manifestaron las SSTs de 26 diciembre 1947 y 12 marzo 1951. No creo que el respeto a la voluntad del fundador estableciendo la reversión a los herederos en casos concretos y por causa probada de no aplicación a los fines fundacionales pueda resultar incompatible con la esencia de la Fundación y sobre todo si se limita la reversión a la aportación dotacional. No se está por esto ante un concepto rígido de la Fundación. Cfr. la STS de 20 diciembre 1985.

¹⁸ STS 736/2003, de 21 de julio de 2003, Recurso de casación núm. 3448/1997 en un asunto procedente de la A.P. de Sevilla. Ponente el Excmo. Sr. D. Román García Varela. La “litis” se había iniciado en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 9 de los de Sevilla. Las herederas de la Marquesa de Yanduri que había constituido en testamento una Fundación con el nombre de Obrador de San Pedro y Santa Teresa, “para preservar de los graves peligros morales que suelen amenazar a las obreras jóvenes” y que consistía en un Ropero u Obrador de ropa blanca, lo confiaba a las Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl e hizo costar en su testamento que la Fundación “no tendrá nunca otro objeto ni otro domicilio que los ya expresados”.

Yanduri y, en caso de no ser así, si procedía o no la reversión y entrega del inmueble referido y todos los demás bienes y derechos de la Fundación a los sucesores herederos y, subsidiariamente, a los legatarios de la Sra. Marquesa. Dejando aparte otros motivos del recurso de casación, me voy a referir al motivo tercero que se desestima en el F.D. 4º del la Sentencia del Tribunal Supremo. Los sucesores de la Marquesa y recurrentes en casación afirmaban que se había vulnerado el art. 27 (ahora 29) de la Ley de Fundaciones de 1994, al modificar los Estatutos en contra de la voluntad expresa de la testadora que claramente afirmaba que la Fundación “no tendrá nunca otro objeto”. El T.S. hace oídos sordos a tal argumento y afirma que la nueva regulación admite cambios estatutarios cuando lo exiga el interés de la Fundación. El TS no hace caso, a mi juicio, ni a la cláusula 19ª del testamento ni al hecho de que no se pidió ni tan siquiera la autorización del Protectorado.

Igual suerte tiene el motivo 4º del recurso casacional como se razona en el FD 5º de la sentencia de casación, ya que el Supremo no estima violados los arts. 647, 648, 790 y 791 del Código civil y a pesar de los razonamientos de los recurrentes en casación, afirma la Sala que “se desestiman porque se ha declarado probado en la instancia que no es cierto que el fin previsto por la fundadora no se haya cumplido ni se pueda cumplir...”. E igualmente, para no repetir innecesariamente, acontece con los motivos 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del recurso. Los razonamientos del Supremo se pueden ver en los F.D. números sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo.

Se desestiman bien porque el Supremo dice que se toman como presupuestos y punto de apoyo apreciaciones fácticas subjetivas (para el Supremo no es verdad la realidad del cambio de domicilio, el alquiler del Palacio Yanduri al Banco de Santander y el desarrollar actividades sociales generales), bien porque con expresa remisión a la resolución de la AP de Sevilla afirma que no puede considerarse extinguida la Fundación e incumplida la voluntad de la testadora por el “nuevo rumbo” que por los órganos de la institución se ha dado a la Fundación, siendo evidente que un Obrador de ropa blanca en el edificio Palacio Yanduri, en el centro de Sevilla, no responde a la lógica de la economía de nuestro tiempo...¹⁹.

¹⁹ En el F.D. núm. 7 se puede leer: “Pese a que la testadora consigno expresamente su voluntad de que el Obrador de San Pedro y Santa Teresa habría de estar domiciliado en el llamado Palacio de Yanduri, es necesario reconocer que la beneficencia de la testadora tenía por objeto y fin esencial, promover y coadyuvar a la educación cristiana de las obreras jóvenes, de modo que ante el notorio cambio en las circunstancias sociales y económicas producido desde la fecha de la Fundación hasta la realidad actual, no puede considerarse extinguida la Fundación e incumplida la voluntad de la testadora por el nuevo rumbo que por los órganos de la institución se dio a la Fundación, siendo evidente que la existencia de “un obrador de ropa blanca” en edificio calificado como palacio, en el centro de esta capital, no responde a la lógica de la economía de nuestros días, y es claro que “la voluntad del fundador ha de interpretarse valorando también el interés de los destinatarios, en cuyo favor el fundador estableció la institución” STS, Sala 4ª, de 24 de diciembre de 1985), de suerte que ha de considerarse más conforme a la voluntad de la testadora, pese al cambio de domicilio, la subsistencia de la fundación, que, según resulta de la prueba practicada, sigue dedicando sus esfuerzos y sus recursos a la protección y ayuda de las “obreras jóvenes”, tal como quiso la fundadora, consiguiendo para la educación y formación de dichas jóvenes becas y ayudas económicas, con la explotación y aprovechamiento de los bienes con que se dotó a la fundación, teniendo en cuenta que ya en el citado artículo 39 del Código civil, se hace referencia al cumplimiento de “fines análogos”, estableciéndose también en el artículo 798 del Código civil que cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no puede tener efecto la institución o el legado en los términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad”, cuya argumentación es aceptada por esta Sala, sin que quepa la revisión de la interpretación realizada en la instancia sin exponer dato alguno determinante de la ausencia de razonabilidad o la confrontación con norma alguna”.

Tampoco hace caso el T.S. a los argumentos que se esgrimían en los motivos 7º y 8º del recurso en los que razonaba sobre el alquiler del Palacio a una Entidad de Crédito, o el hecho importante de que en el testamento de la Fundadora no aparece una voluntad expresa sobre otro destino diferente, por haber cambiado las circunstancias, sino todo lo contrario²⁰. El Supremo desestima tales argumentos "... porque en ambos se hace supuesto de la cuestión al soslayar los hechos probados y, a partir de una construcción propia y unilateral de la parte recurrente se extraen consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con la prueba".

En el ya largo "excursus" por el recurso de la casación, los recurrentes estimaron vulneración de los arts. 675, 912 y 987 del C.c. Se debió en todo caso abrir la sucesión legítima o intestada respecto del Palacio Yanduri, que en el testamento no había quedado incluido entre los legados dispuestos en su día e incorporarse al caudal relicto. El T.S. igualmente desestima tal alegación porque no cabe acumular en un mismo motivo (sic) la infracción de preceptos dispares como son los concernientes a la interpretación de la voluntad testamentaria, los supuestos de procedencia de la sucesión legítima y el derecho de acrecer de legatarios y usufructuarios.

Ya anticipé que a mi juicio la sentencia del Tribunal Supremo, leída atentamente, no está bien motivada y eso sólo sería motivo de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional²¹. Pero además y con independencia de tal criterio, a mi juicio, no procede suplantarse de este modo la voluntad de la testadora y en consecuencia sí que pienso que los bienes dotacionales debieron revertir a los sucesores de la Marquesa de Yanduri y ello por las siguientes razones o motivaciones: 1ª) Porque la STS de 21 julio 2003 no está motivada debidamente, exigencia que ha pedido reiteradamente el TC en numerosas sentencias, valgan de ejemplo las núm. 279/93, de 27 de septiembre; 164/98

²⁰ En el F.D. 8 se puede leer el argumento del recurrente: "... ha quedado extinguida por imposibilidad, absoluta y definitiva, del cumplimiento de los fines de beneficencia encomendados por la fundadora, en cuyo testamento no aparece una voluntad expresa sobre otro destino diferente, a conferir a la Fundación, ante el cambio de circunstancias esenciales de la misma, sin embargo se muestran datos en dicho documento que permiten deducir la voluntad presunta de doña María Teresa Parladé y Heredia, quien dispuso que "la Fundación no tendrá nunca otro objeto ni otro domicilio que los ya expresados, y deberá invertir en su conservación y fomento la renta íntegra de su capital fundacional produzca, lo cual permite establecer que si se extinguiesen los medios económicos destinados a "obrador de ropa blanca para obreras jóvenes" (cláusula 19 del testamento) el bien inmueble, que constituye la base física de la institución, no podría ser enajenado, gravado o arrendado de cualquier modo, ni a favor de ningún particular, persona jurídica u organismo administrativo, lo que implica la *reversión del Palacio Yanduri al caudal relicto* de la testadora..."

²¹ Cabría pensar que un posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional habría de sustentarse en una serie de razones como las siguientes: 1ª) que la sentencia del TS al llegar a una solución radicalmente contraria a la que ya se venía sosteniendo y sobre todo en contra de la prohibición expresa de la Fundadora, asienta un duro golpe al espíritu de liberalidad que anida en la voluntad "post mortem" de la causante y Fundadora; 2ª) que las razones, siempre a mi juicio, que se exponen en la STS rechazando los motivos del recurso no están explicitadas y, sobre todo, que se amparan en erróneas apreciaciones de la segunda instancia que debieron ser estudiadas con más calma y atención, pues me resulta chocante, cuando menos, que contra lo que se afirma en el motivo 3º del recurso de casación en relación a que el nuevo Patronato no podía modificar la voluntad de la testadora y menos si todo el argumento se basa en una norma que no había entrado en vigor en aquél momento (art. 27 de la LF de 1994 que además tampoco lo consiente), se despache con un razonamiento "obiter dicta" de la 2ª instancia y porque tal cosa es viable si así lo exige el interés de la Fundación; 3ª) porque el TS tiene declarado de manera reiterada que la interpretación testamentaria debe orientarse exclusivamente por la verdadera voluntad del causante testador conforme establece el art. 675 C.c. y porque el propio TS en sentencias de 4 diciembre 1975, 20 mayo 1975 y 29 febrero 1992, ha declarado que no es posible que el testamento se altere o modifique después de su ejecución, ya que su interpretación ha de referirse al momento en el que se produjo la declaración de voluntad, sin que quepa utilizar otras circunstancias posteriores que sirvan para la finalidad torticera de desvirtuarla o desfigurarla.

de 14 julio; 28/1994 de 27 enero o la más reciente, que yo conozca, 100/2001, de 23 de abril. Leída la sentencia es confusa y *siempre* se ampara en las apreciaciones de la 1ª o 2ª instancia, sin analizar las cuestiones; 2ª) En este sentido estimo que el T.S. no analiza si el nuevo Patronato creado por la Junta de Andalucía podía o no modificar los Estatutos en contra de la voluntad testada de la Sra. Marquesa y si se está atento a lo que dice el Ponente, el que sí pudiera -como así se hizo- modificar los Estatutos se basa en una norma que en ese momento *todavía* no estaba en vigor, tal era el art. 27 de la Ley de 1994 (ahora también derogada) y además que ni siquiera el art. 27 de la Ley de 1994 que sirve de fundamento autoriza dicha modificación en contra de la voluntad de la fundadora, sin la expresa autorización de Protectorado; 3ª) Porque el T.S. no atiende -no ya a cuestiones de una posible mala invocación de la prueba o de que se podría haber ido a un recurso en interés casacional al amparo del vigente art. 477,3 de la LEC y en lo que no entro por ser materia procesal, sino porque leído el testamento de la Fundadora, la Fundación me parece que responde a la forma legado modal sujeto a condición resolutoria y como quiera que resulta evidente que se cambió el domicilio, el Palacio se alquila a una Entidad bancaria y los fines no son los específicamente señalados, pienso que se cumple la dicha condición resolutoria originando las reversión de los bienes, al menos, los dotacionales; 4ª) Otra razón por la que estimo que estamos ante una sentencia injusta es por alterar la anterior jurisprudencia que consagra la reversión de los bienes dotacionales, sin explicar adecuadamente los motivos de tal cambio de orientación. Es evidente que la jurisprudencia puede (y aún debe) cambiar abandonando el criterio que habitualmente venía manteniendo, pero cuando tal cosa tiene lugar *se debe justificar*. Una cosa es que el TS no quede vinculado por su anterior doctrina y ni siquiera vincule a los Tribunales inferiores que en el cumplimiento de su función quedan sujetos solamente a la Ley y otra que cambie sin decir absolutamente las razones del cambio (cfr. STS de 19 julio 1965 y 25 abril 1972); 5ª) Porque en esta sentencia el Supremo se aparta del principio consagrado de que la interpretación testamentaria debe orientarse exclusivamente por la voluntad del testador ex art. 675 del C.c., y en nuestro caso se altera, vulnerando, de paso, lo dispuesto en el art. 670 del propio Código civil pues se altera su ejecución. En nada -creo- deben aplicarse aquí el cambio de las circunstancias posteriores a la manifestación de la voluntad de la Fundadora. ¿Cómo se puede justificar la aplicación del art. 3,1 del Código Civil a la interpretación de los testamentos si ya es discutible que lo sea a los contratos?

Por todas estas razones y seguramente otras que se quedan en “el tintero” me muestro partidario y me sumo a la opinión de aquellos Autores que defienden -como recientemente la Profa. SERRANO CHAMORRO- la reversión de cuando menos los bienes dotacionales a su Fundador, si por las circunstancias que sea, debidamente probadas, su primitiva afectación no pudiera cumplirse. Lo contrario, como se ha dicho autorizadamente, supone una suerte de expoliación, lo que no debe tener lugar ya que al Protectorado le incumbe velar por el objetivo cumplimiento de los fines fundacionales, *de acuerdo con la voluntad del fundador*, y teniendo en cuenta el interés general, tanto en la Ley derogada de 1994 [art. 32,2 b)] como en la Ley vigente ex art. 35, 1 e).²²

²² ¿Cómo se puede explicar la reversión cuando hay revocación de la donación aportada y no se permite en caso de dotación? ¿es que la dotación inicial no es liberalidad, no es gratuidad, no es acto dispositivo? Ha sido criterio constante la reversión si los bienes se aportaron a término con la limitación del art. 781 C.c., ¿por qué no en el caso que nos ocupa? Todo esto, dando por supuesto, que las causas de extinción sean ajenas a la voluntad del Fundador y que sea poco menos que imposible la aplicación del art. 798 del C.c.