

Excepciones legales al personalismo de las disposiciones «mortis causa»

(I. Sobre el artículo 671 del Código civil)

ANTONIO DIAZ FUENTES

Abogado

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El carácter personalísimo de la testamentifacción, en general, y del ejercicio de la facultad de mejorar, en particular, es fundamental principio de la ordenación testamentaria y natural consecuencia de la esencia humana y jurídica de la sucesión.

Desde el origen del instituto y a través de las etapas de desenvolvimiento histórico del Derecho, sólo con carácter ocasional y con valor de excepción especialísima ha sido alguna vez suspendido su rigor, y es tal su arraigo en las legislaciones y en la conciencia jurídica de los pueblos, que la reducción de la edad precisa para testar, adelantando notablemente la concesión de capacidad de obrar al efecto, con respecto a cualquier otro acto jurídico, no se debe sino a la conveniencia de armonizar la condición personalísima del testamento con el propósito legal de evitar la apertura de la sucesión intestada (1).

La imposibilidad de que otro concorra para asistir al otorgante motiva que el testamento sea el acto civil que la Ley permite realizar con más precocidad (2).

Otra singularidad, por lo que respecta también a la condición sub-

(1) En la conjunción de estos dos principios, alguna vez el Derecho ha dado, sin embargo, prioridad al segundo. Así se justifica la existencia de las figuras de sustitución pupilar y ejemplar, que vienen a significar, al menos en sus antecedentes históricos, sendas excepciones al carácter personal del testamento. "Aunque el C. c. haya abolido el antiguo testamento por comisario --dice ROCA SASTRE en las anotaciones a la edición española de *Tratado de Derecho Civil*, por ENNECERUS-KIPP-WOLFF (Barcelona, 1951), pág. 78, t. V-1.--, no obstante, en la sustitución pupilar (art. 775) y en la sustitución ejemplar (art. 776) cabe ver una autorización legal al ascendiente para designar testamentariamente heredero al descendiente menor de catorce años o declarado incapaz por enajenación mental." Vid. nota 16).

(2) Los potencialmente más tempranos, como el matrimonio de la mujer y el contrato previo de esponsales, no son susceptibles de celebración sin la intervención de personas llamadas a cumplir en ellos una misión asistencial del menor.

jetiva de edad, es que la persona jurídica pasa de la incapacidad absoluta a la testamentación plena, sin ningún estado intermedio de capacidad restringida.

Nadie puede testar por otro, ni aun antes de que éste pueda testar: ni con él, para asistirle. Ni siquiera está permitido en nuestro Derecho vigente testar junto con otro, cada uno por sí, dada la prohibición del testamento mancomunado.

Conviene así al sentido grave y especialísimo del testamento. Considérese el complejo de móviles, intenciones, afanes e incluso recuerdos que concurren a la hora de realizar el acto que el lenguaje forense llama, muy significativamente, de "última voluntad". La condición de personalísimo le viene no sólo de su acepción específicamente jurídica, sino también de las intransferibles motivaciones psicológicas que lo impulsan, con el más trascendente sentido humano y filosófico. Mediante el testamento los hombres obtienen la supervivencia de sus voluntades y, por ellas, la disposición de las obras que acaso sean resultado de sus más caracterizados impulsos vitales. Todo, en la Ley y fuera de ella, indica la inconveniencia de encomendar a otro su ordenación (3).

El principio a que nos referimos se muestra, en definitiva, como una aspiración unánime, individual y social. El testamento, como unilateral que es, es personalísimo, y como personal, eminentemente subjetivo. De ahí que en su ordenamiento y en sus efectos reine, como en ningún otro ámbito jurídico, el principio de autonomía de la voluntad (4). Está ausente de él la contradicción de intereses ordinariamente inherente al negocio bilateral, y el Derecho hace concesiones a la voluntad autónoma del único sujeto que lo otorga, porque en este negocio no tiene que orientarse a equilibrar el dinamismo de dos voluntades encontradas (5).

La idea arquetípica que a través de la evolución jurídica ha servido para estructurar el negocio testamentario está muy lejos de la que

(3) Con visión peyorativa de la institución, Enrique HEYSE, en *Memorias*, afirmó:

"Las estipulaciones jurídicas de los romanos, en lo que al testamento se refiere, no hacen más que sancionar esa socarrona testarudez del egoísmo y de la vanidad personal que llega hasta abusar de los bienes allende la vida..."

Pese al sentido censorio de la cita, hallamos en ella el reconocimiento del aín entrañable, realizable mediante el testamento, de salvar del perecimiento mortal una idea, un fin, una obra personal, que queden tras de nosotros o surjan precisamente en el punto de nuestra muerte. En ello creemos ver una manifestación más del anhelo de sobrevivir.

(4) Salvo las limitaciones impuestas por el sistema de legítimas y por consideraciones de orden público, morales o de buenas costumbres.

Por otra parte, tanto las formalidades exigidas "ad solennitatem" para la validez del testamento como los requisitos de carácter interno del mismo no son sino garantías que aseguren la autenticidad, la espontaneidad y la precisión del querer del sujeto; es decir, su carácter personal.

(5) La averiguación del derecho, que es, por lo general, un problema de límites, casi siempre consiste, lamentablemente, en establecer la frontera entre dos egoísmos.

inspiró el fenómeno contractual, fundado en el principio de oposición de intereses y lucha de personas (6). El fundamento jurídico del derecho de testar está en la propiedad; es, si bien se mira, una faceta más del "ius disponendi" inherente al dominio; pero su régimen ha conservado a través de los tiempos el primitivo sentido absoluto de la concepción romana de mejor manera que la propiedad misma, y por ello nunca han llegado a influir decisivamente sobre las legislaciones las teorías radicales y revolucionarias acerca de la sucesión. Creemos que la idea de función social, que ya es antigua como predicado de la propiedad, no la tenido todavía trascendencia eficaz al orden sucesorio ni a la regulación del negocio de disposición "mortis causa". Esta conservación aséptica del instituto sucesorio vigoriza la idea del personalismo de la ordenación testamentaria e imprime al testamento no sólo la nota de personal, sino la de ser rotundamente subjetivo.

A partir del testamento comicial, por el cual, según Bonfante (7), el "pater" elige, necesariamente de entre los "sui" y en acto solemne, al que habrá de sucederle en la potestad sobre la familia —o sobre la "gens"—, según principios calcados de la sucesión en la soberanía política, por consecuencia de la organización típicamente monárquica de la familia, jamás se admitió en el Derecho romano la delegación para testar (8).

En el Derecho germánico no hay lugar a plantear la posibilidad de delegar la testamentifacción, porque no se permitía en él siquiera la designación arbitraria de heredero. No se daba la sucesión voluntaria, sino sólo la legal. Testimonios de esta orientación son las máximas: "Solutus Deus heredem facere potest, non homo"; "heres gignitur non scribuntur".

Por primera vez se ha creído encontrar una atenuación del carácter personalísimo del testamento en una Decretal de Inocencio III (9).

(6) Aunque superemos la idea de concebir los contratos bajo el aspecto de una oposición económica radical entre los sujetos, el viejo paradigma típico del contrato de cambio, y vengamos a reconocer actualmente al negocio bilateral una esfera de acción más amplia, que se aparece frecuentemente a la realidad social como un instrumento de cooperación económica, acogiendo intereses comunes coincidentes (formas contractuales de gestión colectiva, contratos parciarios, de empresa, de servicios, etc.).

(7) Cfr. *Scritti*, págs. 110 y 234, y *Corso de Diritto Romano*, VI, pág. 87 (Roma, 1930).

(8) Su prohibición se formulaba así: "Testamento iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere"; y se consignó, más o menos específicamente, en las leyes 32, 68 y 70, tít. 5.º, Libro 28, y en la 52 del tít. 1.º, Libro 25, del Digesto.

(9) En *Comentario histórico, crítico y jurídico de las Leyes de Toro* (obra iniciada por FRANCISCO PACHECO y continuada por JOSÉ GONZÁLEZ SERRANO, Madrid, 1862, 1876), t. II, pág. 59, se alude a ciertos indicios del testamento por comisario en el Fuero Juzgo, ENRIQUE SECO CASO, de quien obtenemos la cita (V. *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960, pág. 59), afirma haber buscado en dicho cuerpo legal el precedente aludido, manifestando poder, acaso, considerarlo en la ley 12, tít. V del Libro II: "De las mandas daquellos que van en romería, o en hueste o si oviere omes libres consigo, escriva con su mano ante ellos. E sin non supiere escrivir, o non pu-

El elemento espiritualizador que el Derecho canónico representó para la ordenación testamentaria, sobre la idea del respeto a ultranza a la voluntad del difunto, la preponderancia de las formas fiduciarias en el derecho de la época, el culto de fidelidad a la palabra dada, defendido por graves sanciones eclesiásticas, le movieron a afirmar, contra las fuentes, la posibilidad de encomendar a otro el otorgamiento de la última voluntad: "quí extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus" (10).

En nuestro Derecho, la comisión para testar se sanciona por primera vez en el Fuero Real (11), bajo la rúbrica siguiente: "Como puede dar alguno poder para que faga por él su testamento".

Mauresa (12) sostiene que el testamento por comisario constituye una institución puramente nacional de nuestro país. Atribuye su origen a las complicaciones y prolijidades implicadas por la institución de los mayorazgos familiares. La enunciación de las ramas llamadas a suceder y muchos otros pormenores hicieron, según él, introducir la práctica de valerse, los testadores imperitos, de personas expertas, cuya intervención se fue acrecentando, generándose una costumbre en el sentido de su permisón, que hubo de ser sancionada por el citado ordenamiento positivo.

Los abusos y fraudes motivaron pronto una importante limitación en el Código de Partidas. Se dice por Seco Caro (13) que las Leyes alfonsinas, siguiendo las directrices romanas, no permitieron encomendar a otra persona la realización del testamento, y cita el encabezamiento de la ley 11.^a, tít. III, Partida sexta: "Cómo el testador debe nombrar por sí mismo a aquel que estableció por heredero, e non ponerlo en albedrío de otro". Pero lo cierto es que, prohibiendo las Partidas encomendar a terceras personas el nombramiento de heredero

diere por enfermedad, faga su manda ante sus siervos, que sepa el obispo que son de buena fe, e que non fuesen antes fallados en pecado. E lo que dixieren estos siervos por su juramento, fagalo el Obispo o el juez escrivir despues, e sea confirmado por ellos e por el rey."

Personalmente, nos inclinamos a estimar tal precepto como una formulación histórica de cierta especie de testamento privilegiado, semejante al dictado en inminente peligro de muerte o al testamento militar, dado que no hay propiamente en él sustitución de la persona otorgante, sino supresión de las formalidades ordinarias por razón de las especiales circunstancias en que se ordena.

(10) La Decretal aludida está incardinada en el capítulo XIII, tít. XXVI, libro III, de las de Gregorio IX. Es curioso que la Iglesia se haya mostrado tan decidida defensora de la comisión testamentaria, habiendo ésta originado tan rotundas críticas, por parte de los prácticos, por la confusión que su aplicación motivó y los frecuentes abusos a que estaba expuesta. En la Glosa al Fuero Real, de ALONSO DÍAZ DE MONTALVO, se cita el parecer concorde de los canonistas, defendiendo esta institución del testamento por comisario. Es probable que la Iglesia estuviese interesada en favorecerla y que el patrocinio que le dispensó se haya amparado en una razón semejante a la que motivó el fomento de la porción hereditaria de libre disposición: las mandas "pro anima".

(11) Ley 7.^a, tít. V, Libro III.

(12) *Comentarios al Código Civil español*, t. V, pág. 416 (Madrid, 1931).

(13) Vid. su obra *Partición y mejora encomendadas al conyugue vivo*, pág. 62 (Barcelona, 1960).

y la ordenación de mandas, autorizaba que, para las demás disposiciones, pudiera el testador encargar al escribano "que fuese en busca de un hombre sabio" para completar su testamento (14).

Las Leyes de Toro, reconociendo los engaños y fraudes a que estaba expuesta esta forma de testar, la dejaron subsistente, aunque la restringieron y reglamentaron de nuevo (15).

El Proyecto de C. c. de 1851 suprimía radicalmente esta figura en su artículo 558.

El carácter personalísimo del testamento y, correlativamente, la prohibición de delegar el ejercicio de la testamentación, están repetidamente formulados en nuestro vigente Ordenamiento positivo civil: una vez, genéricamente, en el artículo 670, y de nuevo, en el 830, al señalar la aplicación de aquellos principios a la ordenación de la mejora.

Sin embargo, el rigor de esta regla general resulta atenuado por los dos preceptos numéricamente correlativos a los citados: los 671 y 831. Pero entre las respectivas excepciones que cada uno de ellos establece hay grandes diferencias de naturaleza, en el orden jurídico, y de alcance, por la función económico-práctica.

Se aparecen como supuestos en que el ordenamiento jurídico español común autoriza, real o hipotéticamente, la delegación testamentaria. A su estudio dedicaremos este trabajo (16).

(14) Relacionar la Ley 11.^a, tít. III, de la Partida sexta con la Ley 29.^a, tít. IX, de la misma.

(15) Leyes 31 a 39, insertas en el tít. XIX, Libro 10, de la Novísima Recopilación.

(16) Se prescinde del estudio de la sustitución pupilar y de la ejemplar, como supuestos de comisión testatoria, dado el alcance limitativo que viene dando a tales instituciones la opinión doctrinal predominante —DE BUEN, SÁNCHEZ ROMÁN, MUCIUS SCAEVOLE, CASTÁN— desde la promulgación del C. c. Aquellas figuras tendrían cabida entre los supuestos de delegación testamentaria si se las viese con criterio histórico retrospectivo, referido a los tiempos en que tales instituciones no eran propiamente sustituciones. En efecto, "la sustitución —declara MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VI, pág. 150)— es el llamamiento de segundos o ulteriores herederos al goce de una herencia (la del testador), pero no es señalar heredero al heredero"; y en esto último consistía la institución regulada por las leyes anteriores al Código civil, que permitían al ascendiente la designación de la persona sucesora del descendiente menor (o incapaz) en todos los bienes relictos al fallecimiento de éstos, y no solamente en los que les hubiera transmitido el testador.

Autores como TRAVIESAS (*Rev. Der. Priv.*, XIV, 410) y BORRELL (en la misma colección, V, 127) propugnan, sin embargo, aquella amplitud de disposición, aun después de la entrada en vigor del C. c., fundados en que el criterio restrictivo privaría de su razón de ser a la sustitución pupilar, puesto que sus fines se confundirían con los de la fideicomisaria.

Un amplio estudio sobre la materia en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. XI, fasc. I, enero-marzo 1938, págs. 3 y ss.

I

Sobre el artículo 671 del Código civil

Dice Manresa de él (17): "Combinando este artículo con el anterior, fácilmente se comprende la razón y el alcance de cada uno de ellos, completándose ambos mutua y recíprocamente. En el 670 se establece en términos absolutos lo que no puede hacer el testador, y en el 671 lo que le es permitido ordenar por vía de excepción; y del enlace de ambos aparece que la razón a que obedece esta distinción, y la diferencia que existe entre uno y otro precepto estriba en la circunstancia de haber consignado o no determinadamente el testador por sus nombres a las personas favorecidas con la herencia o legado...".

Demasiado superficial este análisis. Estamos conformes en que el artículo 670 está formulado negativamente, casi todo él, como prohibición; en tanto que el siguiente en número tiene un contenido formalmente positivo. Y también es verdad que la aplicación del segundo se restringe a casos de llamamiento genérico a clases, colectividades o institutos, sin concreción individual de las personas o establecimientos beneficiarios; pero en un punto fundamental no podemos dejar de mostrar nuestra disconformidad con el pensamiento del ilustre miembro de la Comisión codificadora.

Manresa abarca en la hipótesis legal del artículo 671 toda disposición genéricamente hecha, tanto a título de herencia como de legado. Esta afirmación, repetida por el propio autor en el mismo comentario (18), constituye un error evidente.

También parece participar de él Mucius Scaevola (19), al afirmar, comentado el artículo 749, que éste, "lo mismo que el 747, es una excepción a la doctrina de las personas ciertas", que rige la institución de heredero o legatario.

Y Alberto Palomar Baró (20): "... nuestro Código admite excepciones al principio de nulidad de los llamamientos a persona incierta, en ciertos casos..., como son el de institución a favor del alma —la cual supone una amplia situación de incertidumbre y a la que se refiere el artículo 747—, el de disposición a favor de los pobres en general, y el de disposición hecha genéricamente en favor de los pobres...".

Muchas resoluciones del Tribunal Supremo llaman asimismo herederos o legatarios a los favorecidos con disposiciones ordenadas conforme al artículo 671.

A tal consideración oponemos las razones siguientes:

La imposibilidad de comprender en el artículo 671 la sucesión a

(17) Tomo V de la obra citada, pág. 423.

(18) En la página 424 del mismo tomo: "... el segundo de dichos artículos (el 671) se contrae precisamente al caso en que el otorgante no haya hecho la institución de heredero o de legatario nominalmente...".

(19) *Código civil*, v. 13, pág. 297 (5.ª ed., 1943).

(20) *Nueva Enciclopedia Jurídica Sciv*, voz "Heredero", t. X, pág. 874.

título universal viene implicada por el propio texto legal —lo acredita el empleo en él del vocablo "*cantidades*"—, pero hay, además de ésta gramatical, una razón de dogmática jurídica que desorbita del precepto a que nos referimos tanto la sucesión por herencia como la que se verifica a título singular, y es: según los artículos 750 y 752, en relación con los 765, 769 y 773, del Código civil, la institución de heredero, y lo mismo la de legatario, han de hacerse determinadamente, mediante su designación personal, nominalmente o por circunstancias, y aun en los casos de vocación a una pluralidad de ellos —ya se entiendan individual o colectivamente nombrados (21)— no puede ser incierta su designación, aunque sea mediata. Es por ello que el llamamiento genérico a una clase, sin concreción de las personas destinatarias del beneficio —caso del artículo 671 comentado—, no lo consideramos encuadrable en ninguna de las figuras clásicas de sucesión: herencia o legado.

El mismo Palomar Baró, en su citado trabajo, expone con feliz precisión, aludiendo a la institución de heredero, que "esta determinación (la de aquél) hay que situarla, en primer lugar, en la mente del testador, el cual al ordenar su última voluntad debe representarse a la persona que en definitiva ha de recibir los efectos beneficiosos de su disposición; viniendo a significar, en segundo término, la existencia de una verdadera y propia concordancia entre dicha concreción del pensamiento del testador y la persona que se presente como sucesor suyo..."

Esta acertada exposición contiene la idea que nos disuade de conceptuar herederos ni legatarios a los receptores de disposiciones del artículo 671.

La institución de heredero puede recaer válidamente sobre persona desconocida del testador, pudiendo su individualización quedar pendiente de la verificación de una circunstancia o de un procedimiento de constatación (22), pero ha de ser susceptible de una fijación

(21) Véase artículos 769, 771 y 751 del C. c.

(22) La posibilidad de esta diversidad de momentos—el de designación del heredero y el de su individualización posterior—está magníficamente expresada en la Resolución de la D. G. de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 1950 (*Rep. de Jurisprudencia Aranzadí*, abril 1950, número marginal 538. Comentada en *Rev. de Leg y Jurisprudencia*, junio 1950, pág. 779), en la que se dice:

"... La prueba de que una persona es el pariente más cercano y más joven de las ramas de los difuntos padres del testador, se puede practicar indistintamente y con iguales efectos registrales mediante la actuación de la fe pública judicial o de la extrajudicial, sin que sea pertinente entablar procedimientos ante los Tribunales de Justicia, declarativos del derecho a la herencia claramente reconocido e individualizado en el testamento".

Y en otro lugar de la misma Res.: "... la declaración judicial de herederos en los casos de sucesión legítima enumerados en el artículo 912 del Código civil es improcedente cuando existe una institución hereditaria de todo el caudal relicto hecha en testamento a favor de un pariente del causante, que, aunque se desconozca al tiempo de otorgarlo, puede en momento oportuno ser determinado de modo indudable".

cierta, concreta, habiéndose determinado su identidad, si no nominalmente, por una cualidad correspondiente a su persona, sin posible confusión con otra por equiparación de características. Y siendo colectivo el llamamiento nada impide que se les designe por las notas diferenciales del grupo, cuantitativamente cerrado, que compongan, si se extiende a todos los partícipes y son ellos susceptibles de identificación.

El supuesto del artículo 671 es totalmente diferente, y el supuesto a que alude queda referido siempre a un número impreciso de personas, a una clase abierta (los pobres, los parientes, los establecimientos de beneficencia), algunos de cuyos miembros pueden quedar excluidos del reparto, y los participantes del beneficio lo pueden ser en proporciones variables, según el arbitrio del distribuidor nombrado.

Los potenciales destinatarios de las disposiciones del artículo 671 estarán pendientes de unas operaciones de determinación que se dirigen a la entrega de la dotación acordada, pero no a la fijación del sujeto necesario de una titularidad. Cada una de las notas de aquel tipo de disposición difiere sustancialmente de las propias de la herencia o legado: determinación diferida de los beneficiarios, su señalamiento por tercera persona y, sobre todo, la contingencia de su elección.

Así pues, la imprecisión de las disposiciones hechas conforme al artículo 671 no sólo alcanza a la identidad de las personas, sino también a su número y a la porción con que hayan de resultar favorecidas; por cuanto se permite confiar a tercero tanto la distribución de cantidades como la elección de los futuros perceptores. Así es que en la figura que nos ocupa no se dispone para alguien en particular, sino que lo que característicamente hace el testador es ordenar un conjunto patrimonial a un fin determinado, imprimirle un destino, que se cumple y realiza independientemente de que unos u otros lleguen a recibirlo.

Naturaleza funcional de las disposiciones del artículo 671

Aquella última consideración nos conduce directamente a la "teoría de los patrimonios de afectación", aun a riesgo de penetrar en uno de los temas jurídicos más abstrusos, y tan enjundioso como discutido.

Desde que Windscheid afirmó la posibilidad de concebir derechos sin sujeto, la ciencia jurídica se ha esforzado en explicar y calificar toda una gama de situaciones de cierta semejanza con la que analizamos, y de las formulaciones surgidas sobre la inveterada controversia acerca de la naturaleza jurídica de las personas abstractas, conviene de un modo especial a nuestro caso, entre las agrupadas bajo la deno-

Coinciden con la doctrina transcrita las Resoluciones de 27-VI-1890 y de 26-VI-1901. En la nota retrospectiva que Editorial Aranzadi une a la inserción de la Resolución primeramente calendarada se indican, como precedentes jurisprudenciales, las Res. de 11-V-1900, 7-V-1907 y 19-X-1949 (XVI, 1213) y las SS. del Tribunal Supremo de 15-XI-1907, 3-IV-1909, 14-I-1914 y 12-IV-1916.

minación genérica de “teorías de la ficción doctrinal o negativas de la personalidad jurídica”, la construcción de Brinz.

Su “teoría de los patrimonios de afectación” afirma no haber junto a las personas naturales una segunda especie de personas, sino una segunda especie de patrimonios. La esencia del patrimonio consiste en pertenecer, en una relación jurídica invisible entre bienes y personas. Pero esta ligazón puede existir también entre fines y bienes, subrogándose a la persona un cierto fin. Al “*pertinere ad aliquem*” se contraponen el “*pertinere ad aliquid*”. Existe también un patrimonio impersonal a favor de un fin, y el ordenamiento jurídico lo conserva y protege (23).

De todas las construcciones doctrinales explicativas de la naturaleza de las personas jurídicas, la del patrimonio-fin es, sin duda, la que mejor se adapta a la realidad material de las fundaciones, aunque otras teorías convengan mejor a las personas jurídicas de tipo asociativo o corporativo (24).

No se nos ocultan las objeciones doctrinales opuestas a la “teoría de los patrimonios de afectación”, pero al referirla a las disposiciones del artículo 671 del C. c. quedamos excusados de tales juicios impugnatorios. Consisten éstos, por lo general, en señalar la inaptitud del patrimonio —objeto normal de la titularidad— para convertirse en sujeto de derechos; pero esta razonable consideración no reza con nuestra tesis, porque el objeto de su estudio no es erigir una personalidad jurídica, sino solamente reconocer en la dotación regida por el mentado artículo 671 los elementos objetivamente reales —patrimonio y fin— en que fundamentar el parentesco de aquella figura con el instituto de la fundación.

Apriorísticamente, hay en ambos casos un patrimonio sin dueño. No ha de decirse, sin embargo, que no es objeto de derecho (25).

Las dos instituciones están nutridas del mismo sustrato material (patrimonio), reúnen idéntico elemento moral (su nota tedeológica, altruista en las dos figuras y regida en ambas por la voluntad objetivada del fundador o del causante) y están, asimismo, dotadas del atributo jurídico de las corporizaciones orgánicas que actúan a su servicio (patronazgo, en la fundación, y los servidores de la obra nombrados por el testador, en las ordenaciones del 671).

La diferencia —considerable y sugeridora— que nos parece hallar entre las dos radica en que, siendo ambas formas semejantes de destinación de medios patrimoniales, una no ha pasado de ser un género más de disposición “*mortis causa*”, en tanto que la otra, por sus condiciones de proliferación y fecundidad social, adquirió más extraor-

(23) *Lehrb. der Pandecten*, II, págs. 979 y ss.

(24) Autores como BRUNS, EISEL y BELZE aplican la teoría de BRINZ sólo para las fundaciones.

(25) Mejor diríamos que es objeto del Derecho, si tiene razón BELZE, contradiciendo a WINDSCHIED, al afirmar que no hay derechos sin sujeto, sino cosas que no pertenecen a nadie y que el orden jurídico conserva para consecución de un fin.

dinaria relevancia y, por la especialidad de los fines a que sirve, operó una estratificación en el medio, personificándose. Pero de ningún modo creemos que esta diversidad rompa el paralelismo de sus naturalezas originaria y esencialmente semejantes, porque no es aquélla sino la expresión de un accidente.

En definitiva, no hay entre ellas solamente un parentesco de origen, sino también un contacto de progresión evolutiva. Las disposiciones previstas en el artículo 671 representan una fase más en el desenvolvimiento histórico de la idea de fundación.

Es bien sabido que la consecución de fines altruistas con medios patrimoniales, más allá de la muerte de su ordenador, se vino realizando, a través de la evolución histórico-jurídica y mientras la institución fundacional no alcanzó su grado actual de madurez, utilizando medios jurídicos indirectos, que marcan otros tantos hitos en su desarrollo progresivo. A uno de éstos corresponde la figura regulada en nuestro artículo 671.

En efecto, a partir del más primitivo y elemental sistema de nombrar un heredero fiduciario, con la encomienda o ruego de cumplir el destino elegido, y pasando por la figura de la institución "sub modo" —imprimir a los bienes el pretendido fin piadoso mediante el apoyo en la persona de un heredero o legatario a quien se atribuya patrimonialmente la dotación, con el menoscabo de una carga (26)—, antes de alcanzar la forma de autonomía actual de la fundación, representa una etapa intermedia de desenvolvimiento la ordenación regulada en el artículo 671 de nuestro Código civil.

En el primer sistema la atribución del dominio al heredero es plena e incondicional, y la consecución del propósito sólo se obtiene por la realización eventual de la confianza (fiducia) depositada en una persona. Más adelante, la institución modal genera ya la obligatoriedad del destino impuesto, y en esto radica su progreso con respecto a la anterior, pero, como observa acertadamente Nart (27), los bienes no sirven todavía al fin, continúan perteneciendo al peculio del instituido; no hay todavía una afectación patrimonial, sino una personal obligación del heredero o legatario.

La dedicación directa de los bienes al fin previsto se alcanza con las disposiciones del género de las previstas en el artículo 671 aludido; se concreta en ellas la relación inmediata entre patrimonio y destino, sin interposición de personas mediadoras. Los designados para distribuir la dotación son servidores de la obra, no instituidos; gestores, que no titulares.

De la ordenación dispuesta según el repetido artículo 671 a la fundación propia no hay más que el salto representado por la erección de la segunda en personalidad jurídica. Pero no implica esto que la otra haya de considerarse como una figura arcaica que convenga hacer

(26) Procedimiento que pervive en los artículos 788 y 789 de nuestra Ley civil.

(27) "La fundación", en *Rev. de Der. Priv.*, 1951, pág. 492.

desaparecer, sino que la superación de una por otra se predica en el plano de una gradación jurídica evolutiva, pudiendo coexistir ambas en vigencia legal y práctica, porque su distinción viene recomendada por las diferencias de proximidad o inmediación de los fines respectivos a que se dediquen y de los correspondientes modos de realizarlos. Ciertamente, si el fin propuesto es de realización diferida o permanente (fundación propia), la exigencia de una organización durable requiere la estabilidad del ente, al cual conviene, por tanto, la atribución de personalidad; pero si el destino de la ordenación (como en las del artículo 671) se cumple en un acto único, con carácter de operación solutiva, bástanle para su realización los efectos que el ordenamiento legal reconoce de supervivencia de la voluntad del testador más allá de su óbito, mediante el testamento.

Otros preceptos del C. c. que contornean la naturaleza jurídica de las disposiciones del artículo 671.

Notablemente expresivo para refrendar nuestra tesis, el párrafo segundo del artículo 907 del Ordenamiento positivo civil.

Ocupándose de la dación de cuenta por los albaceas, terminada la gestión de su cargo, y al prescribir la forma de rendirla los distribuidores de dotaciones del artículo 671, viene incidentalmente a negar la condición de herederos a los perceptores de aquellos beneficios:

“Si hubieren sido nombrados (los albaceas), no para entregar los bienes a herederos determinados, sino para darles la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez.

Es claro que la Ley, en el segundo inciso transcrito, excluye del concepto de herederos a los destinatarios de la inversión o distribución aludida, y ello no sólo por el sentido gramatical del período, sino aun por el argumento jurídico, sugerido por el contexto del artículo, de que, cifrando el legislador su propósito general en que los herederos reciban directamente y en primer lugar la rendición de cuentas del albaceazgo (28), la remisión que se hace después al Juez nace de la previsión legal de arbitrar un fiscalizador subsidiario para cuando los propios receptores de los bienes no reúnen la condición de inspectores natos del albaceazgo, es decir, la de herederos.

No creemos que engendre confusión el empleo del adjetivo “determinados” en el segundo inciso del precepto, haciendo pensar que la preposición adversativa siguiente se refiera al supuesto de indeterminación de herederos, caso imposible en el momento de la rendición de cuentas, porque es ineludible que hayan sido aquéllos identifica-

(28) El supervisor preferente de las cuentas del albaceazgo es el heredero, habiendo declarado el Tr. Supremo: “Cuando se declara que un testador murió en parte abintestato, los herederos declarados en virtud de éste pueden exigir cuentas al albacea, quien, por lo tanto, no las rinde al Juez”. S. 5-I-1911.

dos y hayan recibido la herencia cuando los albaceas cesen en sus obligaciones de custodia y conservación de los bienes, y terminen su gestión, para dar seguidamente cuenta de ella. Además, también los beneficiarios del artículo 671 habrán de tener percibida su participación cuando la cuenta de los distribuidores se rinda, pudiendo haberlos designado el legislador para recibirla, siguiendo su designio general, si no les privase verdaderamente de la conceptualización de herederos. La atribución de ese cometido al Juez, en el supuesto que nos ocupa, parece indicar con claridad que se niega —“in mentis”— a los beneficiarios de la disposición aludida el carácter de sucesores a título universal.

Tampoco les cuadra la consideración de legatarios. Aparte de las razones dichas en los epígrafes anteriores, puede señalarse que la entrega de la dotación no se verifica por el heredero —como prevé para el legado el artículo 855—, ni siquiera se requiere el conocimiento de aquél ni su beneplácito —en contraposición a lo dispuesto por el artículo 902, 2.º—, sino por directa proyección de la voluntad testamentaria, mediante su ejecución por tercera persona.

Finalmente, el comentado artículo 907 parece reconocer el sentido teleológico de las disposiciones del 671 y la afectación patrimonial de los bienes nucleados en ellas, al definir las como instituciones hechas “*para darles (a los bienes) la inversión o distribución que el testador hubiere previsto*”, destacando la idea primordial de destino, su orientación finalista e impersonal.

Congruente con esta orientación es el párrafo 3.º del artículo 992, que establece la especialidad de que “la aceptación de la (29) que se deje a los pobres corresponderá a las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y, en su defecto, a las que señala el artículo 749, y se entenderá también aceptada a beneficio de inventario”.

Era necesario adoptar una solución ajustada a la circunstancia en que se hallan, con respecto a la dotación dispuesta, los componentes del grupo o clase designados por el testador, relacionados con aquélla únicamente por una mera potencialidad, sin concreción previa de personas ni de módulos de participación. Cuando la herencia se causa y se abre la sucesión, no existe, para las disposiciones de que se trata, sino una colectividad genéricamente designada, que no tiene aptitud para verter la manifestación de voluntad en que la aceptación consiste, ni como grupo, por carecer de personalidad jurídica, ni individualmente sus miembros, ya que el nacimiento de sus relaciones jurídicas con respecto al beneficio pende—en situación de pura contingencia—de las operaciones de elección y distribución que hayan de realizar los servidores de la obra.

El problema es semejante al que se planteó en la doctrina acerca

(29) El término herencia, que en el párrafo copiado está elíptico, lo entendemos en sentido material, como masa patrimonial de bienes, tal como lo emplea el artículo 659, y no en la acepción jurídica de sucesión.

de la validez del acto fundacional bajo forma de disposición testamentaria, fundándose la oposición de algunos a su reconocimiento legal en el principio de que para suceder es necesario existir en el momento de la delación hereditaria, propugnando la imposibilidad de que sea llamada como heredera o legataria del testador la obra misma que éste se propone instituir, considerada como persona futura que acaso nazca a la vida jurídica mediante un decreto de reconocimiento legal. Esta doctrina nos dará pie, con motivo de la exposición de sus contradictores, para centrar adecuadamente el estudio de la institución que nos ocupa.

De aquella dañosa y desatinada tesis—adoptada, sin embargo, por la jurisprudencia civil francesa—dícese que vuelve a resucitar el mismo obstáculo vicioso que el Derecho romano había ya superado en el caso de institución de un esclavo con manumisión simultánea. La razón de mencionarla aquí viene del valor de la réplica con que Ferrara (30) ha destruido su aparente rigor dogmático. Advierte dicho autor que la fundación no es vocación de heredero o legatario y por eso no está gobernada por los principios sucesorios, sino que es un negocio autónomo de creación de una obra y destino de un patrimonio, aunque tome la vestidura testamentaria. La cuestión, por consiguiente, no puede considerarse influenciada o prejuzgada por las reglas materiales que valen para las disposiciones de última voluntad, porque la fundación “*mortis causa*” es un “*tertium genus*”, no una especie de aquéllas. Si es así, a los principios intrínsecos del negocio de fundación y destino es a los que hay que acudir para saber si es posible la dedicación de un patrimonio “*mortis causa*” a favor de un ente que se instituye. Y cuando nos colocamos en este terreno, no podemos dudar un momento de la licitud de tal procedimiento, puesto que si la fundación debe nacer al futuro, es legítimo que el patrimonio sea reservado y vinculado para el futuro, en espera de ese ente. Aquí la existencia del llamado es un principio que viene de fuera, sin fin acomodado a la esencia del negocio de fundación.

También el legislador español, en el párrafo tercero del artículo 992, acudió a fórmulas propias del fenómeno sucesorio para arbitrar medios de ejecución a las disposiciones del artículo 671; pero la misma solución adoptada describe cómo fue preciso forzar el concepto clásico de la aceptación hereditaria con el fin de obtener el resultado práctico propuesto y para que fuera éste concorde con el destino de la figura tratada en el último de los preceptos referidos.

La aceptación de herencia presupone la previa delación del heredero, y como no se da ésta en el supuesto del 671, ni los posibles receptores de su objeto están en condiciones de prestar aquella manifestación de voluntad, la ley optó por imputar el acto de aceptación a las personas de los distribuidores, voluntaria o legalmente nombrados. Pero lo cierto es que la aludida aceptación no se produce si no

(30) En *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp., Madrid, 1929, páginas 739 v 740.

por consecuencia de una ficción legal, sin necesidad de un acto explícito, ni siquiera de una tácita conformidad. El inciso final del artículo comentado —“se entenderá también aceptada a beneficio de inventario”— proclama una aceptación presunta, establecida “a priori” por el ordenamiento jurídico.

En esta dirección se orienta la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1895, según la cual “la aceptación en este caso corresponde en primer término a las personas encargadas por el testador de distribuir sus bienes, *sin que puedan aceptarlos de otro modo que a beneficio de inventario*”.

Y la de 25 de mayo de 1897, del mismo Tribunal, proclama que “la aceptación de la herencia que el testador dejara a los pobres en general, sin designación de persona determinada, en uso de la facultad que para ello le otorga el artículo 749 del C. c., se rige por lo dispuesto en el 992, según el cual, *no siendo posible a los agraciados aceptarla por sí mismos*, corresponde la aceptación, en primer término, a las personas encargadas por el testador de distribuir sus bienes, y se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario, *siguiéndose de ello que las personas llamadas por la ley para aceptar la herencia carecen de facultades para aceptarla libremente, y por consecuencia de la aceptación pueden los pobres resultar favorecidos, mas nunca perjudicados*”.

Nadie dudará, asimismo, de la imposibilidad de repudiarla los distribuidores. Concederles ese poder sería tanto como permitirles la revocación de la disposición testamentaria, contrariar el propósito legal que yace bajo el texto del repetido artículo 992, torcer la orientación de las resoluciones jurisprudenciales transcritas y favorecer la inmorality que representa privar deliberadamente de la dotación a los agraciados, para beneficio directo de los herederos, en quienes automáticamente recaería. Niega, en tal caso, la facultad de repudiar Puig Peña (31).

Así pues, si convenimos en que los ejecutores de la disposición no pueden repudiarla y la aceptación se les atribuye a beneficio de inventario, por prescripción legal, no queda de la aceptación más que un molde sin contenido, una fórmula vacía, por la que a una institución característica y autónoma (la del art. 671) se aplican principios del régimen sucesorio, que ni le cuadran ni los necesita.

Pudiéramos repetir las palabras de Maságao (32), abundando en los argumentos de Ferrara: “¿Si ninguno confunde una fundación hecha en escritura con el nombramiento de heredero o legatario, por qué ha de surgir esa confusión cuando el institutor prefiere realizar la dotación por testamento?” (33). Acaso la contestación venga dada

(31) *Tratado de Derecho civil español*, V, II, pág. 243.

(32) “Fundaciones creadas por testamento”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de San Pablo*, 1945, pág. 7.

(33) Los principios sucesorios parecen tener una clara propensión a dilatar sus horizontes naturales. Ofrece otro ejemplo la sucesión del Estado en las herencias vacantes. Varios autores señalaron—SANTI ROMANO, ROBATNA—que

por un hecho histórico y se trate de una reminiscencia del uso preterito de las fórmulas sucesorias como medios jurídicos indirectos para realizar el fin de destinación patrimonial cuando la teoría de la fundación no había alcanzado la elaboración y la dimensión práctica actuales.

Superados aquellos medios de realización mediata, convendría recordar que la vestidura testamentaria con que se produzcan las manifestaciones de voluntad no da necesariamente carácter sucesional a las relaciones nacidas de ellas.

El socorrido sistema de enfocar las disposiciones a que nos referimos desde el prisma de la sucesión ha dado lugar a tan desatinados errores como el reflejado en la resolución hipotecaria de 24 de mayo de 1901: "Ordenándose por el testador la distribución de una parte alícuota de sus bienes entre casos necesitados de pobres vergonzantes de la parroquia, a disposición del párroco y administradores de vergonzantes de ella, dichas entidades son las instituidas realmente herederas."

El pensamiento de sus redactores es de una extrema simplicidad. La imposibilidad manifiesta de tener por herederos a los beneficiarios y la estrechez de su perspectiva, circunscribiendo estrictamente el enfoque al orden sucesorio, les llevó a llamar herederos a los distribuidores, con lo cual la relación jurídica con los bienes se establece más hacia los mediadores que con los destinatarios.

Muchos actos puede contener el testamento que no tienen carácter sucesorio. El nombramiento de tutor y de consejo de familia, el reconocimiento de la filiación natural, la autorización de matrimonio en los casos del artículo 45, 3.º, y del 168, en su redacción anterior a la Ley de 24 de abril de 1958, la ordenación de exequias y enterramiento, son otros tantos actos susceptibles de contener el testamento y absolutamente extraños, sin embargo, a la regulación de la herencia. Sólo algunos de ellos participan de la revocabilidad del acto en que se ordenan, y en esto sí que la normatividad testamentaria alcanza a las disposiciones aludidas en el artículo 671. Decimos que las alude, porque en modo alguno ofrece el precepto una regulación de la institución que constituyan, sino que sólo incidentalmente se refiere a ellas al dicitur una permisión para que en el testamento se designe a quienes hayan de ejecutarlas, con motivo de precisar el alcance del carácter personalísimo atribuido a aquél en el artículo precedente.

No ofrece dudas la posibilidad de disponer por acto "inter vivos" bienes económicos para una determinada clase o grupo, ni la de encomendar a una o varias personas la distribución de la masa patrimonial ordenada a aquel fin; pero cuando su realización pretende orde-

el derecho del Estado en la herencia yacente es aplicación del principio de que lo que no pertenece a nadie en particular pertenece al Estado; pero aunque no se funda, por consiguiente, su atribución en título hereditario, considerables razones de orden práctico—la concepción de la herencia como universalidad, la responsabilidad por el pasivo de la misma—aconsejaron dar al Estado la situación de un sucesor universal.

narse para después del fallecimiento del constituyente y el acto ha de revestir formalidades testamentarias, la delegación de facultades distributivas en terceras personas —que inicialmente contraría la condición personalísima del acto “mortis causa”— reclama una expresa sanción de validez. Autorizar particularmente esta forma de comisión testamentaria es la finalidad específica del artículo 671 del Código civil.

Concluimos opinando que la institución puede perfeccionarse mediante un acto testamentario, del mismo modo que es susceptible de operar sus efectos en vida del ordenador, si se constituye por acto “inter vivos”; pero, aunque en el primer caso nazca a la vida jurídica por causa de muerte, nunca engendra un fenómeno sucesorio. Yerra Nart (34) al considerar que si se estima, como Ferrara, que el régimen del negocio fundacional bajo forma testamentaria está fuera de los principios sucesorios (“tertium genus”), se llegaría a la irrevocabilidad del testamento en cuanto a la disposición fundacional. El citado autor se equivoca, y de su propia exposición pueden extraerse argumentos que le son oponibles. No se confunda la sucesión con la ordenación “mortis causa”; es aquella el efecto de algunas de estas disposiciones. El testamento no tiene por único contenido la voluntad hereditaria, y la fundación ordenada en aquél toma del acto “mortis causa” su carácter revocable, lo cual no empece a su naturaleza extrasucesoria, aunque la muerte del ordenador rija como término “a quo” y como hecho causal de su eficacia. El ser un “tertium genus” no presupone la irrevocabilidad de su constitución, porque la posibilidad de alterar o suprimir la disposición no proviene de ninguna hipotética esencia o afinidad sucesoria, sino del carácter unilateral y “mortis causa” del acto en que se concreta. La irrevocabilidad de otros contenidos testamentarios no se puede predicar de la disposición fundacional. Si el reconocimiento de la filiación natural perdura en eficacia aunque se revoque el testamento en que se realizó, se debe a su carácter no patrimonial, familiar, aparte de por no ser un acto dispositivo, sino de constatación de una realidad. No es una declaración de voluntad, sino una declaración de verdad (35).

Pues bien, cuantas razones imponen la irrevocabilidad del reconocimiento testamentario de la filiación natural sugieren “a contrario sensu” las apoyaturas lógicas y jurídicas de revocabilidad de la disposición fundacional “mortis causa”, sin necesidad de acudir, para fundamentarla, a la inveterada fórmula de su pretendida naturaleza sucesoria. Así pues, aunque la disposición fundacional declina su eficacia con la revocación del acto testamentario en que se ordene, no es de sucesión el fenómeno jurídico que está llamada a producir.

Tampoco los potenciales perceptores de las disposiciones aludidas

(34) “La fundación, en *Rev. de Der. Priv.*, 1951, págs. 496-497.

(35) Sin pretender decidir aquí ninguna preferencia entre los sectores doctrinales del reconocimiento-admisión y del reconocimiento-confesión, no cabe duda que el fundamento y el significado natural y jurídico del acto consiste en la proclamación de la filiación como hecho.

en el artículo 671 del C. c. suceden al testador, como no le suceden los beneficiarios de la dotación fundacional clásica o pura.

Ya Clemente de Diego (36) negó carácter sucesorio a las comúnmente denominadas mandas "pro anima": "Propiamente no se trata de institución de heredero a favor del alma, como se dice en frase consagrada, sino de una afectación que se impone a los bienes, que puede convertirse o no en verdadera fundación, con carácter permanente, por tanto."

II

Las disposiciones a que se refiere el artículo 671 del Código civil en la legislación especial de Beneficencia.

No existe en nuestro Derecho un ordenamiento sistemático y completo acerca de la fundación. La normatividad relativa a ella, siempre esporádica y parcial, hay que buscarla, aparte de la escueta referencia de los artículos 35 y siguientes del C. c., en las leyes especiales de Instrucción y Beneficencia, con ocasión de regular sus relaciones administrativas.

Es oportuno, en el punto actual de desarrollo de nuestro estudio, descubrir si aquella especial legislación se hace eco de alguna manera de las dotaciones aludidas en el artículo 671 referido. La comprobación de ello vendría a arrojar grandísima luz sobre el planteamiento de nuestra tesis, aparte de otras considerables consecuencias prácticas que más adelante ponderaremos.

Para dirigir adecuadamente el examen propuesto habremos de centrar la investigación sobre si las circunstancias de permanencia de los fines y de erección de la personalidad jurídica —únicas notas conceptuales que distinguen la fundación propia de las disposiciones del artículo 671— excluyen o no a estas últimas del ámbito de aquella normatividad administrativa. En realidad, ambos elementos están de tal modo conexiónados que no son sino respectivas manifestaciones de un mismo hecho. Ya quedó apuntado que la imputación de personalidad jurídica a la forma clásica de fundaciones es una consecuencia de la permanencia de sus fines, para dotar al ente de la estabilidad que requiere la realización durable de aquéllos; en tanto que devendría absolutamente estéril cuando el destino de la dotación se cumpliera en un acto único no diferido.

La personalidad jurídica carece, pues, de relieve como elemento discriminatorio. No es más que un recurso técnico del Derecho, innecesario o reclamado en cada caso, según las diferencias de proximidad de los fines y de los correspondientes modos de realizarlos. Aquella

(36) *Instituciones de Derecho civil español*, III, pág. 118 (Madrid, 1932).

atribución no priva ni dota a ambas figuras de su esencial naturaleza de negocios de destinación patrimonial, y este sentido objetivo y finalista del negocio es el elemento que lo caracteriza, independientemente de la contingencia de poseer o no personalidad jurídica —su innecesidad es una mera circunstancia de orden práctico—. Así, De Buen (37) afirma que no repugna a un sentido lato de la palabra fundación concebirla sin personalidad jurídica.

Se comprende por ello que la llamada legislación de Beneficencia, atenta a los intereses públicos que cubija, acoja en su seno cualquier clase de dotación altruista e impersonal. No hay en ella precepto alguno que limite su esfera de aplicación a las fundaciones dotadas de personalidad. Por el contrario, parece inequívocamente alcanzar a las disposiciones del género de las que estudiamos, al definir el artículo 2.º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, dictado para reorganizar los servicios de beneficencia particular:

“Son instituciones de Beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de Ahorros y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías.”

También excluye el requisito de la perennidad el artículo 2.º del Real Decreto de 24 de julio de 1913, regulando el ejercicio del protectorado del Gobierno en la beneficencia docente particular, al declarar:

“En las herencias y legados benéficos que no impliquen obligaciones permanentes, la acción del Protectorado del Ministerio de Instrucción Pública cesará con el cumplimiento probado de la voluntad del testador.”

Asimismo, el artículo 3.º del Real Decreto de 20 de julio de 1926, con respecto a las instituciones y fundaciones benéfico-docentes de enseñanza agrícola, pectaria o minera, alude al mismo género de disposiciones, coincidiendo en los términos del anterior.

Finalmente, ninguno de los preceptos fijadores de criterios de clasificación de fundaciones benéficas (38) exige requisito alguno relacionado con la duración de las mismas. Y es que no se comprendería que el Estado extrañase su función de protectorado con respecto a ciertas fundaciones sólo porque sus fines, de igual relevancia pública que los de las demás, fueran susceptibles de consagración en un tiem-

(37) Notas a COLIN y CAPITANT en la edición española de su *Curso elemental de Derecho Civil*, II, pág. 498 (Madrid, 1942).

(38) Véase artículo 58, Instrucción de 14 de marzo de 1899; artículo 44, Instr. de 24 de julio de 1913; artículo 28, Instr. de 20 de julio de 1926.

po menos prolongado y no necesitaran por ello mismo el atributo de la personalidad jurídica. Incluso puede ser más apremiante la actuación de su potestad interventora e impulsante en estos casos, por la ausencia en ellos de una corporización orgánica actuante.

Por último, la consideración de las disposiciones del artículo 671 del C. c. como fundaciones y su incardinación en el área de la legislación de Beneficencia, al colocarlas bajo el ejercicio de la tutela y fiscalización estatal, viene a resolver el problema que "Mucius Scaevola" (39), ajeno a estos presupuestos, formulaba así, comentando el artículo 749 de la Ley Civil:

"Nuestro juicio es que se trata de una misión de confianza y de conciencia; que no hay medios civiles de exigir el cumplimiento de esta disposición, y que las reclamaciones procedentes, como las del artículo 747 en igual caso, cuando la disposición no se ha cumplido, pertenecen exclusivamente al círculo del Código penal."

Tiene razón este autor desde su ángulo exclusivamente privatista. No se puede obtener frente a los servidores de la obra piadosa su realización ante la jurisdicción civil, porque el grupo o clase genéricamente designado carece de personalidad jurídica y no pueden sus miembros esgrimir individualmente ningún procedimiento civil, dado que están privados en absoluto de titularidad jurídica sobre la dotación hasta que los terceros designados para distribuirla los individualicen como beneficiarios de la misma. Pero admitir sin más la inoperancia de aquella disposición, por la actuación arbitraria de sus servidores, con la conformidad pasiva que predica "Mucius Scaevola", equivaldría a negar la imperatividad del Derecho. Es preciso arbitrar medios jurídicos que aseguren el cumplimiento de la ordenación, sin que su realización práctica resulte comprometida por la negligencia de aquéllos o por su malicia (40). Si esa eficacia no viene asegurada por aplicación de la ley civil, la totalidad conceptual del Derecho exige que otra esfera jurídica le preste su amparo, y la imperatividad que propugnamos hemos de hallarla sancionada para nuestro supuesto en el campo del Derecho público. Su inserción en éste vendrá determinada por los intereses generales que representa y proyecta la ordenación. Su conceptualización como especie de fundación acogida a la legislación de Beneficencia impondrá la aplicación de preceptos tales como:

El artículo 11 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899:

"Corresponde al Gobierno el protectorado de todas las instituciones de Beneficencia particular que afecten a colectividades indeterminadas, y que por esto necesiten de tal representación."

(39) *Código civil*, v. 13, pág. 304, 5.^a ed., 1943.

(40) La sentencia penal que recayese, si hubiere lugar a ella, no podría contener pronunciamientos que impulsaran los bienes hacia su destino previsto.

El artículo 1.º de la Instrucción anexa al anterior:

“El Protectorado de las instituciones de Beneficencia comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas con el cumplimiento probado de la voluntad del testador.”

El artículo 53 de la misma Instrucción:

“Siempre que se susciten dudas, de oficio o a instancia de parte, sobre el carácter público o particular de una fundación benéfica, se instruirá expediente para su clasificación.”

El artículo siguiente autoriza para promover expediente de clasificación de las fundaciones a los interesados directa o indirectamente en sus beneficios.

El artículo 40 del Real Decreto de 24 de julio de 1913, con respecto a la beneficencia docente particular, reiterando el sentido de la normatividad precedentemente citada, aclara que se habrán de considerar interesados “los vecinos del pueblo en que la fundación deba producir sus beneficios”.

El artículo 25 del Real Decreto de 20 de julio de 1926, proclamando idéntica legitimación.

Y cuantos preceptos, congruentes con los relacionados, completan o desarrollan el contenido de éstos.

III

Los artículos 671 y 749 del Código civil, preceptos armónicos.

Se establece visiblemente entre ellos el empalme de una común “ratio legis”. Es cada uno la prolongación del otro: el 671, incardinado en el capítulo regulador de los testamentos, ve la institución desde el ángulo activo del otorgante, permitiéndole este género de disposición; el 749, en la sección que trata de la capacidad para suceder, regula la figura desde su lado pasivo y concreta las reglas de realizar la voluntad del testador.

Pero también son de advertir las disonancias existentes entre ambos preceptos:

a) El 671 permite encomendar a un tercero la distribución del beneficio y la elección de los sujetos a quienes se haya de aplicar, de entre los pertenecientes a la clase o grupo señalado por el testador.

El 749 atribuye al servidor de la obra piadosa —y a los que le sustituyan por disposición legal, a falta de designación (o de aceptación o aptitud) del primero — las facultades de calificación de los pobres y de distribución de los bienes.

Ambos coinciden, pues, en confiarle la labor de distribuir la dota-

ción acordada, pero los términos de los artículos referidos son diferentes al expresar la otra facultad que cada uno de ellos otorga al tercero ejecutor de la facultad testamentaria. Y cabe preguntar: ¿Qué diferencias pueden existir y cuáles quiso establecer el legislador entre la función de elegir a "las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse" (art. 671) y el cometido otorgado por el 749, de verificar la "calificación de pobres"? Elegir, uno, y el otro, calificar, dicen.

Puede plantearse el problema de si el último de los citados preceptos determina en cada uno de los conceptuados pobres la condición de beneficiario forzoso, limitándose en este punto el distribuidor a verificar en cada cual la calificación de persona menesterosa; mientras que el artículo 671 acaso amplíe la esfera de poder de aquél a elegir, de entre la clase destinataria del beneficio, las personas concretamente receptoras del mismo o de parte de él, pudiendo quedar excluidas otras pertenecientes al grupo.

Creemos correcto interpretar que el alcance de la delegación de facultades es idéntica en una que en otra norma y que en ambas se permite el ejercicio de aquéllas del modo más libre y amplio. Nuestra opinión deriva de las razones siguientes:

La razón de confianza, especialísima y fundamental, que nutre la designación (41). En todo el campo del actuar humano y aun más allá del estrictamente jurídico, la confianza inherente al nombramiento guarda un paralelismo acusado con la libertad de la función correspondiente, así como esa dilatación de los horizontes del poder conferido multiplica la responsabilidad derivada de los actos de su ejercicio. Robustece esta consideración la circunstancia de recaer el nombramiento que nos ocupa sobre un oficio "post mortem" del designante.

Asimismo, si es evidente que se le permite distribuir el caudal señalado y ello implica, según el sentido usual y gramatical del término, su división en porciones no necesariamente iguales, la inexistencia de límites para cada fracción resultante vigoriza el convencimiento de la posibilidad de reducir el número de hipotéticos receptores, porque carecería de sentido la prohibición de excluir a uno o algunos de los potenciales destinatarios, si ciertamente sus participaciones pueden ser reducidas a la cantidad mínima posible de valor.

La misma concordancia lógica y funcional existente entre los dos artículos que nos ocupan hace presumible un mismo designio legal en la regulación del punto tratado. Es aconsejable, además, permitir tales discriminaciones y exclusiones, para dar eficacia práctica a la ordenación testamentaria del causante, acomodando la cuantía de cada entre-

(41) De la página 423 del tomo y obra citados de MANRESA: "... para que estos legados o instituciones produzcan buen resultado y lleven los fines que el testador se propusiera al ordenarlos, conviene que su ejecución quede encomendada a persona que posea el conocimiento debido de las necesidades verdaderas de las entidades favorecidas, cuyo conocimiento no es probable que pueda tener el otorgante, cuando por sus circunstancias esté alejado de la vida íntima de tales institutos y de las necesidades de dichas clases".

ga a las conveniencias del caso y a las necesidades de quienes las reciban, según el piadoso designio del testador, evitando que por excesivo fraccionamiento se hagan inútiles las prestaciones.

También converge con esta orientación un precedente histórico. El Código de las Partidas, con claridad y concisión envidiables, permitía al testador apoderar a su testamentario para que éste, "según su albedrío, parta a pobres" los bienes que no dejare a personas ciertas (42). El reconocimiento de su albedrío personal, junto con la omisión de artículo ante el vocablo "pobres", hacen a la norma rotundamente explícita.

b) El artículo 671, refiriéndose al momento de ordenar la última voluntad autoriza la delegación de facultades previstas en él. El 749 regula las operaciones a realizar cuando el testamento rige ya la sucesión, una vez fallecido su ordenador.

Tienen, respectivamente, carácter permisivo e imperativo. El primero consiente que se haga la disposición de que se trata y reconoce al testador los efectos de su voluntad de encomendar a un tercero la distribución del caudal afectado al destino previsto; pero, buscando la armonía y totalidad del ordenamiento jurídico, se fija en el otro precepto la regulación supletoria y forzosa para cuando dicha voluntad de designación no se haya exteriorizado. En tal supuesto, siendo necesario un servidor de la obra piadosa para alcanzar los fines propuestos por el disponente, se opera un llamamiento legal, conforme al párrafo segundo del artículo 749, a determinadas personas, como sustitutas del que pudo ser y no fue voluntariamente designado. La continuidad lógica y funcional—de que antes hablamos—no puede ser más clara entre ambos preceptos.

Y, sin embargo, parecen desacoplarse en lo que atañe a sus ámbitos objetivos de aplicación, diferentes, aparentemente cuando menos.

El artículo 671 refiérese a las disposiciones de cantidades para clases determinadas, en general, y la mención de los parientes, los pobres y los establecimientos de beneficencia constituye una frase explicativa; no limitativa ni excluyente, por tanto, de otros indefinidos grupos o clases susceptibles de ser elegidos por el testador. Así lo expresa el adverbio modal dominante del inciso.

La alusión del artículo 749 abarca, literalmente, sólo a los pobres.

La redacción dada a estos preceptos nos obliga a plantear y resolver el problema de cómo y por quién se ejecutan y realizan las disposiciones hechas conforme al 671, cuando no sea de pobres la colectividad beneficiaria, y, consecuentemente, si el régimen supletorio del artículo 749 es aplicable a las disposiciones—del género de las del artículo 671—ordenadas en favor de una clase distinta de la mencionada en la literalidad de su texto.

(42) Ley 3.^a, tít. 10 de la Partida 6.^a

Disparidad entre estos artículos y el 751

El conflicto planteado se destaca de un modo especial al advertir otro artículo en la Ley, el 751, continente de una regla para "la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador", precepto que, si se le atribuye la regulación de un caso particular del artículo 671, acaso pareciera indicar que la fórmula del 749 no fuera aplicable más que a las disposiciones genéricamente hechas en beneficio de los pobres.

Es de hacer notar, sin embargo, que no hay en nuestro Código ninguna otra norma equivalente a las de los artículos 749 y 751 que trate, para las demás clases potencialmente destinatarias de los beneficios del 671, la cuestión que aquéllos parecen dar resuelta, respectivamente, cuando pobres o parientes, exclusivamente quizá, son favorecidos. Las cantidades dispuestas en favor de cualesquiera de los demás grupos posibles, sin haber a nadie expresamente encargado de su distribución, ¿cómo se realizan? ¿Quién las habrá de impulsar en su vía de tránsito hacia el destino acordado? ¿Y por qué procedimiento se verificará la individualización de sus participantes?

No daremos a esto contestación hasta haber decidido si la disposición a que el artículo 751 se refiere es o no de las previstas en el 671. En caso afirmativo, es claro que la extensión objetiva del artículo 749 queda reducida, cuando menos, con respecto al ámbito del 671, en lo que el 751 abarca; mas si éste proyecta su hipótesis legal sobre instituciones extrañas al artículo 671, la norma del párrafo segundo del artículo 749 es "ejemplar único" en nuestro ordenamiento civil y su ámbito, potencialmente ilimitado, puede alcanzar a todos los casos del 671, aunque sea por extensión hermenéutica o analógica.

Parece negar toda concomitancia entre los artículos 671 y 751 el razonamiento de que, si se hubiera querido predeterminar en el segundo de ellos la identidad de las personas destinatarias de la disposición hecha conforme al otro, el legislador se contradiría, anulando su propia obra, al impedir con el 751 el ejercicio de la facultad de elección que el 671 confiere indudablemente al cumplidor de la ordenación. No cabe elección cuando no hay alternativas entre las que escoger, si por prescripción legal se decidió una determinada.

Tampoco convenimos en dar al precepto de que se trata carácter subsidiario para cuando la designación del tercero distribuidor se haya omitido por el causante (hipótesis de un régimen legal fatalista, a falta de la autorizada delegación de facultades libres), porque ni la redacción ni el sentido del artículo 751 permiten atribuirle otro carácter que el de "ius cogens", norma forzosa positiva, excluyente de la posibilidad de una normación de primer grado a la que viniera a suplir.

Añadiremos una razón positiva: el artículo 751, puesto a continuación del precepto que sanciona de nulidad las instituciones a per-

sonas inciertas, tiene un claro propósito de certidumbre en la determinación de los instituidos, paliando, en su caso particular, los efectos del 750, mediante la realización "ope legis" de un elemento impuesto como requisito de validez por el artículo precedente. Su conexión con el 750 lo desprovista de toda relación con las disposiciones que no se hallan necesitadas de la exactitud que está llamado a cumplir.

Creemos que el artículo 751 contiene una norma complementaria de la del párrafo segundo del 772, y su aplicación recae sobre las instituciones de herencia o de legado, de herederos o legatarios, cuya designación genérica, inonominal y mediata, de herederos o legatarios, cuya individualización o, mejor, identificación, se opera, objetiva y mecánicamente, al causarse la herencia, por el juego fatal de los grados parentales, en virtud de la norma del artículo 751.

Su finalidad es idéntica a la del párrafo 2.067 del Código civil alemán, según el cual la atribución en favor de los parientes o de los más próximos parientes del causante —en la jurisprudencia germánica se aplica esta denominación ya antes de abrirse la sucesión— es considerada como designación de herederos legales, y se estima aquel precepto como una regla de interpretar la voluntad del testador. Así, no se considera incluido al Fisco en el llamamiento, aunque fuera heredero legal; ni al cónyuge, salvo que se deduzca haberlo querido comprender el testador. La doctrina alemana analiza el párrafo indicado juntamente con otros supuestos de designación inonominal (llamamiento a "sus hijos", a "los descendientes de un tercero", a "personas" que están con el testador "en relación de servicios o de negocios"), pero siempre tratándolos como casos de vocación de herederos, con fidelidad a la doctrina común de las personas ciertas, cuya fijación se pretende obtener con las reglas dictadas, para evitar la aplicación del párrafo 2.073, sancionador de la ineficacia de las designaciones hechas en "forma que sea común a varias personas", cuando el intento de individualización, mediante todos los medios de interpretación racional, fracasa.

Igualmente, el artículo 751 de nuestra Ley civil cumple su destino aplicándose a las instituciones de herederos y de legatarios, y carece de relación con las formas dispositivas del 671, a las que es ajena la exigencia de certidumbre propia de las primeras y que el artículo 751 está llamado a producir.

Si estamos en lo cierto, las disposiciones "mortis causa" ordenadas genéricamente en favor de los parientes del testador pueden entrañar figuras jurídicas diversas: de herencia o de legado; cumpliendo las exigencias de los artículos 772, y concordantes, mediante la aplicación del 751; o bien una disposición de las reguladas en el 671. Es posible que la distinción de ambos casos presente dificultades en la práctica, porque surtjan dudas acerca de la voluntad del testador, pero en el campo doctrinal y legislativo basta la diversidad conceptual para admitir su dualidad, con independencia de los inconvenientes que acarree su aplicación en cada caso particular. Ambas formas pue-

den incluso coexistir, y sería perfectamente normal que la distribución de cantidades entre los parientes se ordene, conforme al artículo 671, seguidamente de instituir herederos a los más próximos.

El primero de los supuestos referidos, con aplicación del artículo 751, haría actuar el precepto del 765, ordenador en tal caso de una distribución igualitaria.

En el otro caso, el reparto se practicará por un tercero, sin sometimiento a reglas fijas, ni de proximidad parental ni de igualdad distributiva (43).

Así pues, la esencial especialidad del artículo 671, permitiendo un reparto discrecional por el cumplidor de la ordenación, excluye toda correlación entre aquella norma y la del 751, y desconectados ambos, sólo el 749 nos ofrece una normatividad de contenido ejecutivo para las disposiciones hechas a tenor del primero de los referidos artículos.

Diversas soluciones

La necesaria plenitud del ordenamiento jurídico obliga al encargado de aplicarlo a investigar las soluciones adecuadas para los demás supuestos del artículo 671, correlativas a la dictada para los pobres por el 749; a decidir si, pese a la estrechez gramatical de éste, su párrafo segundo fuera aplicable a los demás casos del primero de los referidos preceptos y, en caso negativo, buscar, dentro o fuera de la Ley sustantiva, las fórmulas jurídicas reguladoras de aquellas hipótesis.

Habiéndose omitido la designación del cumplidor de las disposiciones ordenadas conforme al artículo 671 para los parientes, para los establecimientos de Beneficencia o, genéricamente también, para otros grupos o clases que no sean de pobres, ¿de qué modo y por quién se habrán de ejecutar?

Es de pensar en el albacea, primeramente. Podría fundamentar esta solución el artículo 902 del Código civil y en ello coincidiría con lo establecido para casos semejantes por los artículos 747 y 749. Pero este último precepto prevé la inexistencia de testamentario y también nosotros hemos de pensar en esta eventualidad. En tal caso dos fórmulas son teórica y apriorísticamente posibles:

Una, encomendando tal cometido a las mismas personas que el artículo 749 señala para el caso de destinarse a pobres la dotación, bien porque una interpretación correcta del mismo nos aconseja dilatar su extensión lógica, o ya fundamentando la aplicación analógica de la misma, si se entendiera producido un supuesto vacío legal.

(43) Algunos códigos, como el napoleónico y el italiano de 1865, niegan validez a la institución hecha genéricamente a los parientes sin expresión de las personas ni distinguir clases o grados de parentesco, salvo en el supuesto que prevé el artículo 671 de nuestra Ley civil, o sea, en el de encomendar a una tercera persona la distribución de la herencia.

Independientemente del tino o desacierto que quepa atribuir a tal régimen, se halla en él, junto con la dirección legal única que adopta, el reconocimiento implícito de nuestra propugnada dualidad conceptual.

Otra, sugerida por los principios legales rectores de la sucesión, atribuyendo aquella función al heredero, como continuador de la personalidad del causante. El propio "Mucius Scaevola", comentando el artículo 749 (44), considera inconveniente el "olvido en que se pone, contra las mismas doctrinas del Código, la personalidad del heredero". Pero esta opinión nos parece equivocada y nos mueve a rechazarla una elemental razón de equidad, ese criterio de justicia concreta que sirve al jurista de constante y encomiable procedimiento inspirador de soluciones, según se ha dicho.

Estimamos inconveniente confiar al heredero la ejecución de lo dispuesto según el artículo 671, encomendándole funciones y atribuciones que arbitrariamente podría dilatar, omitir o realizar indebidamente, en su propia ventaja, y con evidente inmoralidad, frente a un grupo o clase, genéricamente designado, que se halla desasistido de protección ante la jurisdicción civil por carecer de personalidad jurídica como tal grupo, ni poder sus miembros esgrimir procedimiento tutelar alguno ante los tribunales ordinarios, ya que el nacimiento de sus relaciones jurídico-privadas con respecto a la dotación acordada dependería del propio heredero, si fuera éste quien hubiere de individualizarlos, hasta cuyo momento carecen en absoluto de titularidad civil alguna al respecto.

Posibilidad habría, de "lege ferenda", para encomendar al heredero la distribución y aun podría decirse que algún principio jurídico lo apoyaría, pero la repudiación que el legislador hizo, con acierto, de tal solución, en el artículo 749, nos disuade de adoptarla para los demás supuestos del artículo 671. Confiar tal misión al heredero equivaldría a dejar comprometida la realización de la voluntad testamentaria, aunque aquél sea, por una ficción legal, el continuador de la personalidad del causante. Preferimos apartarnos de rigorismos dogmáticos y, en trance de acudir a los principios generales del Derecho, determinar la norma—según palabras de Del Vecchio (45)—, "mediante la intuición directa del caso singular, o sea, de las exigencias que dimanar de la naturaleza misma de las cosas".

El artículo 671 del Código civil y la Ley Procesal

Llegados al estado actual de desarrollo del tema, es preciso traer a colación los preceptos del Título XI, Libro segundo de la Ley de Enjuiciamiento civil, que regulan el procedimiento de adjudicación de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombres.

El artículo 1.101 de la Ley Rituaria:

"Cuando un testador haya ordenado que el todo o parte de sus bienes se distribuya entre sus parientes hasta cierto grado, entre los pobres u otras personas que reúnan ciertas circuns-

(44) *Código civil*, v. 13, pág. 301; 5.^a ed., 1943.

(45) *Filosofía del Derecho*, ed. esp., 1929, t. I, pág. 32.

tancias, pero sin designarlas por sus nombres, para hacer la declaración del derecho y la adjudicación de los bienes se observará el procedimiento que se establece en el presente título.”

Comentando este artículo, y para conjugar su sentido con el del 671 del Código civil, Manresa (46) declara:

“Cuando esto ocurra habrá de procederse en la forma ordenada por el testador, y en tal caso no podrá emplearse el procedimiento establecido en este título. Si se promueve alguna cuestión, sólo podrá versar sobre si el encargado de hacer la elección de las personas y la distribución del caudal ha infringido lo ordenado en el testamento, y tal cuestión habrá de ventilarse entre el que se crea agraviado y el ejecutor testamentario en la vía ordinaria que corresponda. Y sólo en el caso de que por muerte, renuncia o incapacidad de la persona o personas encargadas por el testador, sea necesario acudir a la autoridad judicial para que tenga cumplimiento la disposición testamentaria, deberá emplearse el procedimiento aquí establecido para hacer la declaración del derecho y la adjudicación de los bienes.”

Mas se ve forzado el comentarista a rectificar seguidamente la generalidad de sus anteriores afirmaciones, porque el artículo 749 del Código civil, regulador de un sistema específico de distribución, le sale al paso con la amenaza de privar el acceso a la vía jurisdiccional o, cuando menos, de cercear el ámbito objetivo del procedimiento judicial estudiado. Y Manresa (47) emprende la fatigosa y estéril tarea de conciliar aquellos preceptos:

“Estas disposiciones (refiérese a los artículos 749 y 751 del Código civil han modificado en parte las del título que estamos comentando, y combinándolas entendemos que cuando el testador haya prohibido en absoluto la intervención judicial nombrando a persona o personas que hayan de hacer la calificación de los pobres y la distribución de los bienes, como ésta es la ley del caso, el juez debe abstenerse de conocer en el asunto, y repelerá la demanda que promueva el juicio universal, según se deduce también del artículo 1.103, oyendo previamente al Ministerio Fiscal por implicar una cuestión de competencia. Pero si el testador no hubiere prohibido la intervención judicial, el juez deberá admitir la demanda para el efecto de convocar por edictos a los que se crean con derecho a los bienes, en la forma que se ordena en los artículos 1.106 y siguientes, y celebrada la junta que previene el 1.115, pasará los autos a la persona o personas designadas por el testador, y en su defecto a los albaceas, y si tampoco los hubiere, el párraco, alcalde y juez municipal, para que hagan la calificación de los pobres y la distribución de los bienes.”

El buen propósito del comentarista es irrealizable. No se pueden concordar la Ley procesal y la Ley civil en este punto de total desarmonía. Ni la norma del artículo 749 tiene limitada su aplicación a

(46) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, t. V, pág. 212. Madrid, 1956

(47) *Op. y tomo citados*, pág. 213.

los casos en que se haya prohibido la intervención judicial, ni el referido Título XI de la Ley Rituaria admite que se inmiscuyan en el proceso personas como el albacea, el párroco, el alcalde o el juez municipal. La solución propugnada por Manresa tiene la esterilidad de los híbridos.

Pueden señalarse como disonancias insalvables entre el artículo 671 y sus concordantes del Código civil y los 1.101 y siguientes de la Ley adjetiva, las siguientes:

a) Los optantes a la adjudicación de bienes normada en el Título XI mentado han de invocar inexcusablemente un derecho a la participación que reclamen; habrán de ostentar una titularidad jurídica concreta. Así, en los artículos 1.101, 1.104, 1.106, 1.108, 1.110, 1.111, 1.114, 1.118, 1.119, etc.

Tratándose del artículo 671 del Código civil, los miembros de la clase designada no tienen más que una potencialidad incierta a resultar beneficiarios. Están pendientes, como ya hemos opinado, de unas operaciones de determinación que se dirigen a la entrega material de la dotación, pero no a la fijación del sujeto o sujetos necesarios de una titularidad.

b) El procedimiento judicial aludido se resuelve por *sentencia* (artículo 1.116 LEC). Exige, pues, un juicio lógico-jurídico, con todos sus requisitos de forma, y los de fondo (congruencia, exhaustividad, sujeción a Derecho).

Las cantidades dispuestas según el artículo 671 de la Ley civil reciben una distribución arbitraria entre un número impreciso de personas receptoras, cuya elección es contingente dentro de la clase o grupo determinado por el testador.

Así pues, no podemos hallar en estas normas adjetivas el procedimiento de realizar la disposición prevista en el artículo 671 del Código civil. Esta institución no tiene cauce adecuado en aquel procedimiento. Pero obsérvese que su desconexión no proviene de una discordancia objetiva, es decir, de una diversidad de materia, sino de una incompatibilidad formal. El repetido Título XI de la Ley procesal regula, ciertamente, el procedimiento de "*adjudicación de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombres*", y éste es, sin ningún género de duda, el caso previsto en el artículo 671 del Ordenamiento civil. Si bien se mira, el conflicto surge porque la Ley sustantiva, de 1888, da a la institución de que se trata una orientación legal, en orden a su ejecución o cumplimiento, distinta a la que preveía el ordenamiento adjetivo, anterior, de 1881.

Acaso nos proporcione una certera comprensión del asunto la doctrina proclamada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de julio de 1894. Según ésta:

"La Ley de Enjuiciamiento civil ha sido desde su publicación legislación común en España, y todo lo comprendido en ella dejó de ser parte del Derecho foral" —transcribimos este inciso, sin relación con lo tratado, para facilitar el entendimiento directo de lo que si-

gue—; “en su virtud, en lo que esté en contradicción con el Código civil, ha sido derogada por éste como Ley posterior”.

En todo caso, éste parece ser el único derrotero viable que se nos ofrece a la contradicción planteada.

Hacia una solución final

De la repudiación de los anteriores sistemas analizados réstamos dos últimas alternativas posibles para la realización de nuestro propósito:

Extender las reglas del artículo 749 a todos los supuestos comprendidos en el 671, o bien hallar la complementación de éste en la legislación administrativa, si negáramos aplicación al primero más allá de su hipótesis literal.

Investiguemos por cuál de estas alternativas se deberá optar, qué razones nos han de disuadir de aceptar la otra, qué género de oposición representan entre sí o, por el contrario, cómo se califica la hipotética afinidad que las aproxima.

Concretemos primeramente que la alusión hecha al artículo 749 se refiere específicamente a la regla contenida en el tercer inciso de su párrafo segundo, donde se atribuye la función distributiva y calificadora de pobres a la junta integrada por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal.

Cada uno de estos componentes reúne excepcionales condiciones para servir al cumplimiento de las disposiciones ordenadas en favor de las clases menesterosas: intermediación, relevancia social, información, dedicación a los intereses generales, etc. Pero lo que especialmente los califica para tal cometido es la relación que guarda éste con las funciones inherentes al desempeño normal de sus cargos, natural y legalmente orientados a la asistencia pública, a la caridad, y dotados de atributos de representación cívica y policía social. Ya en la estructura funcional de sus cargos se marca la dirección que aquí específicamente se les señala.

Los cánones 124 y siguientes del vigente “Codex” excitan a los clérigos a ser ejemplos de virtud entre los fieles, al ejercicio de las buenas obras, al fomento de las mismas y, en general, a la práctica de los actos que convienen al estado religioso.

La Ley de Régimen Local, por su parte, señala como fines de la actividad municipal las atenciones de índole social y la beneficencia pública.

Y no faltan razones para que los jueces, en la esfera municipal, proyecten su función de legalidad y de justicia hacia la realización de ciertas obras sociales.

Pero, rendido nuestro pláceme al legislador por el señalamiento de tal junta para el cumplimiento de disposiciones en que los pobres hayan de ser beneficiarios, lo que nos proponemos examinar es si la intervención subsidiaria de tales personas, cuando se omitió la designación directa por el testador, es susceptible de aplicación a los casos.

de dotaciones dispuestas según el artículo 671 en favor de otras clases de destinatarios.

Sería desaconsejable ampliar su llamamiento a supuestos no relacionados con la función normal de aquellos cumplidores. No sólo se rechazaría en tales casos la extensión lógica del precepto, sino que también la aplicación analógica quedaría excluida, según inquebrantable principio jurídico, por una fundamental desemejanza de supuestos. La igualdad jurídica esencial entre éstos es presupuesto insoslayable para la generalización de la Ley fuera de su hipótesis concreta.

Cabe inquirir, por ejemplo, si a estos efectos serían parangonables las dotaciones a pobres con las dispuestas para parientes del testador, y si la realización de éstas podría razonablemente recaer sobre el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal. Acaso no se halle ya en tal hipótesis la deseable correlación apuntada entre el servicio pretendido y la función normal de aquellas personas. Y si decayera la posibilidad de aplicación del artículo 749 a tales casos, hemos de optar por perseguir el requerido sucedáneo en la legislación administrativa, con arreglo a nuestra orientación inicial.

En ella hallaremos lo que sigue:

El ya relacionado artículo 11 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que atribuye al Gobierno el protectorado de todas las instituciones de Beneficencia particular que afecten a colectividades indeterminadas.

El artículo 1.º de la Instrucción anexa a la anterior disposición (48), delimitando el alcance del protectorado aludido, lo extiende al ejercicio de las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores.

En el artículo 7.º, números 6.º y 7.º, de dicha Instrucción se confieren facultades al Ministro de la Gobernación para el nombramiento de patronos encargados de la gestión de los fines fundacionales, así como el artículo 43 de la misma le encomienda la provisión de las vacantes que se originen.

Auxiliarán al Gobierno en la dirección de la Beneficencia las juntas general, provinciales y municipales, por prescripción del artículo 5.º de la Ley de 20 de junio de 1849.

El artículo 42 del Reglamento aprobado por Real Decreto de 14 de mayo de 1852 fija las obligaciones generales de las expresadas juntas, y el artículo 9 del Real Decreto de 6 de julio de 1853 les encomienda la función de proponer personas de arraigo, calidad y saber para la dirección inmediata de los establecimientos de Beneficencia.

Por disposición del artículo 3.º del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, "la representación de las fundaciones corresponderá; a las personas naturales o jurídicas designadas por el fundador y, en su defecto, a las instituidas o nombradas por el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes" (se refiere a las instituciones benéfico-

(48) Ya las hemos relacionado precedentemente en este trabajo.

docentes, sometidas ya a la competencia administrativa del departamento correspondiente).

Y, finalmente, la Real Orden de 10 de septiembre de 1914 definidora del carácter legal de los patronos, vuelve a referirse, en su artículo 2.º, a la provisión de vacantes para tales cargos.

Así, pues, en la legislación administrativa está el medio de suplir la omisión del testador de no haber designado a los servidores de la obra, verificándose su nombramiento por los poderes públicos del Estado, en el ejercicio de sus funciones de tutela general y de realización del Derecho.

Y ningún obstáculo creemos que presenten los casos de disposiciones hechas genéricamente en favor de los parientes del testador (o de otro determinado linaje), porque ni cabe negarles carácter benéfico —no carecen de la naturaleza altruista que es esencial al negocio fundacional (49)— ni las dudas doctrinales que se formulen acerca de la admisibilidad de las llamadas fundaciones familiares pueden hacerse extensivas a estos supuestos, por no producir éstos ningún género de vinculación patrimonial, dada la inmediata realización de las dotaciones que estudiamos. Todas las objeciones serías que se señalan contra la validez de las fundaciones familiares se fundan en la legislación desvinculadora (50), en la repulsa legal a la adscripción de bienes a las sucesivas generaciones de parientes. Mas como este peligro sólo

(49) La expresión fundación benéfica nos parece una redundancia.

(50) Cfr. DE CASTRO en *Sobre la pretendida validez de las fundaciones*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, julio-septiembre de 1953, págs. 629 y ss.

Se pronuncia por su validez general CÁRDENAS, en *Las fundaciones familiares en el Derecho privado* (Revista de Derecho Privado, 1952).

Exposiciones del problema y referencias a otras legislaciones, en *Las fundaciones de Derecho privado*, por RAMÓN BADENES, Barcelona, 1960, páginas 169 y ss.

En nuestro Derecho son de señalar en todo caso las instrucciones de 14 de marzo de 1899, artículo 4.º; de 24 de julio de 1913, artículo 2.º, y de 20 de julio de 1926, artículo 3.º, que contienen idénticamente la siguiente norma: "En las fundaciones que revistan carácter exclusivamente familiar el protectorado respetará la competencia de los Tribunales de Justicia".

DE CASTRO interpreta estas disposiciones en el sentido—derivado de otros precedentes históricos—de que los funcionarios de la Administración Pública se abstendrán, en su caso, de actuar en contra de las pretensiones de los familiares que, para obtener directamente los bienes, pretenden la desvinculación de los mismos mediante en ejercicio de sus derechos sucesorios ante los Tribunales de Justicia.

Pero no hay parangón posible, a estos efectos, con los supuestos ordenados conforme al artículo 671 del C. c., cuyos beneficios no vienen señalados por ningún orden de sucesión familiar, tampoco son determinables ante los órganos judiciales, ni la institución produce vinculación alguna que evitar.

Los potenciales destinatarios de la dotación estudiada no son herederos (a lo son, al menos, respecto de ella) y el ordenamiento jurídico ha de proveer, sin embargo, al cumplimiento de la voluntad testamentaria ordenadora de aquella disposición, que no se ha de realizar si no es por la vía que propugnamos, y sin que sea admisible la indiferencia legal a que sea o no cumplida correctamente, como predicaba MUCIUS SCAEVOLE con la opinión que criticamos en el capítulo II (véase notas 39 y 40).

se da en las fundaciones del tipo de las ordinarias, de realización indefinida, con carácter de permanencia, las disposiciones del artículo 671 del C. c. están libres de aquella prevención. Como hemos dicho, se resuelven y liquidan a través de un acto único, no diferido. Ni la limitación del artículo 781 les alcanzaría.

No se niegue, pues, la posibilidad de realizar aquellas disposiciones; no se les prive, mejor dicho, del medio efectivo único de hacerlas cumplir, o se destruirá la esencial imperatividad del Derecho, que, sin embargo, las prevé y regula efectivamente en el artículo 671 del ordenamiento positivo civil.

Con esta orientación pretendemos ofrecer una idea razonable para solución de la efectividad que aquellas ordenaciones reclamen, en número de casos tan variable como posibles grupos destinatarios se pueden dar.

Esta mentada irreductibilidad de supuestos posibles origina siempre una concesión a la casuística. El poder público arbitrará en cada caso los medios y disposiciones más congruentes con la finalidad propuesta por el testador y designará, en el ejercicio de su función de autoridad y tutela, a las personas más aptas para realizarla cada vez sin echar del pensamiento que también la ley dispensa su amparo, como "instituciones de Beneficencia", a "las fundaciones que sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías" (51). Y acaso nunca lleguemos a hallarnos lejos de las personas nombradas por el artículo 749 de la Ley civil para dar cumplimiento a las dotaciones de pobres. Adviértase la correlación próxima de aquéllas con respecto a los componentes de las juntas municipales de Beneficencia en el artículo 8 de la Ley de 20 de junio de 1849 (53).

(51) Aludimos al artículo 2.º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que ya transcribimos otra vez.

(52) Las estructuras son:

El alcalde, o quien haga sus veces, presidente.

Un cura párroco, en los pueblos donde no hubiere más que cuatro parroquias; dos, donde pasaren de ese número.

Un regidor; dos, en el caso de exceder de cuatro el número de los que componen el Ayuntamiento.

El médico titular y, en su defecto, un facultativo domiciliado en el pueblo.

Un vocal más, si los vecinos del pueblo no llegan a 200, y dos si exceden de este número.

La lectura de este artículo nos pone a la vista una razón más obstativa de la extensión analógica del artículo 749 del C. c. Las juntas respectivas que relacionan tales preceptos están ambas concebidas con una proyección meramente local, que no se acomoda a la extensión de las posibles áreas territoriales en que radiquen los demás grupos hipotéticamente recipiendarios de dotaciones del artículo 671 de la Ley sustantiva civil.

COROLARIOS

I. La disposición a que alude el artículo 671 del Código civil no engendra un fenómeno sucesorio. Se trata de un acto de destinación de bienes a un fin impersonal, cuyos futuros perceptores no estarán ligados por una relación transmisiva directa con el testador, sino que adquirirán la dotación mediatamente, a través de la realización —contingente para ellos— del fin fundacional. La posibilidad de instituirlo, como los demás de su clase, mediante un acto "mortis causa" motivó la mención de esta figura dispositiva en el artículo 671 aludido, referida indirectamente con ocasión de sancionar la permisión de nombrar personas cumplidoras de la obra piadosa.

II. El contenido del artículo 671 citado no representa, en puridad, una excepción al carácter personalísimo de la disposición "mortis causa", porque el testador deja en todo caso ultimados y cumplidos todos los elementos constitutivos del negocio de que se trata. No otorga ninguna delegación testamentaria —en el sentido propio que se deriva del artículo 670—, ya que la distribución y elección de los futuros perceptores no corresponde a la fase de institución de la obra, sino a la de su cumplimiento. Si el ordenador designase a los destinatarios la disposición sería ya de otro género (típicamente sucesoria). No comisiona a nadie para algo que pueda dejar realizado él; hace tanto como nombrar patronos para una obra fundacional.

III. Es equivocada la idea de que el artículo 751 guarda relación con las formas dispositivas del 671. Versa aquél sobre las instituciones de herencia o legado.

IV. Las ordenaciones a que se refiere el artículo 671 del Código civil caen bajo la esfera de aplicación de la legislación administrativa sobre fundaciones y Beneficencia.

