

Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Causa y propósito de estas notas.—2. Argumentos en pro de la validez de las fundaciones familiares.—3. Alcance práctico de la cuestión.—4. La figura jurídica de la fundación familiar en la doctrina alemana.—5. La fundación familiar en el Derecho español: a) La doctrina de los autores. b) La regulación jurídica anterior al Código civil. c) La regulación jurídica después del Código civil.—6. Las fundaciones de carácter exclusivamente familiar.

1. CAUSA Y PROPÓSITO DE ESTAS NOTAS

Hace poco tiempo se ha publicado un notable estudio, en el que se sostiene la posibilidad de crear válidamente una fundación familiar y se recomienda la utilidad de esta figura para la práctica notarial (1). Se mantiene así una tesis nueva en nuestra doctrina y que, a mi juicio, está contradicha por normas y principios fundamentales del Derecho vigente. No merecería, quizá, ocuparse de ella, si fuese seguro que se trata de una afirmación singular y aislada; pero me parece necesario someterla a cuidadoso contraste, ya que puede temerse que en ella se manifieste un estado de opinión ya extendido, que se ha ido formando a causa de los términos, en apariencia laxos o ambiguos, en que se han expresado sobre la fundación familiar algunos de nuestros mejores tratadistas. Además, el trabajo aludido, por la lógica interna que lo preside, su convicción expositiva y los resultados seductores que ofrece a la práctica, ha de contribuir sin duda a difundir tal extravío doctrinal. Y si bien es verdad, por otra parte, lo poco probable de que los Tribunales llegasen a admitir la validez de una fundación familiar, contra la jurisprudencia del Tribunal Supremo, clara y reiterada, también lo es que cabe siempre dentro de lo posible el que los prácticos inicien un uso contra la ley, que como tal habría de resultar en perjuicio del tráfico jurídico y en desdoro

(1) CÁRDENAS: *Las fundaciones familiares del Derecho privado*. «R. D. Pr.» 36 (1952). págs. 579-590.

de la doctrina. Por ello, me ha parecido de una cierta urgencia recordar cuál es la situación legal de la fundación familiar en nuestro Derecho.

El objeto directo de estas notas será, por tanto, de alcance bien reducido, el de rechazar la tesis de la validez en nuestro Derecho de las fundaciones exclusivamente familiares. Quizá un par de páginas hubieran bastado para ello; pero aparte de ser justo indicar el mismo origen de la confusión, que también explica la del estudio antes aludido, parece conveniente, para evitar se repita, tratar del fondo mismo de la cuestión, de la naturaleza jurídica de la fundación familiar y, además, señalar la línea divisoria entre la fundación exclusivamente familiar, siempre inválida, y las fundaciones de matiz familiar que, ello no obstante, pueden ser válidas.

2. ARGUMENTOS EN PRO DE LA VALIDEZ DE LAS FUNDACIONES FAMILIARES

Los argumentos aducidos en favor de la validez de las fundaciones familiares, pueden ser condensados en las siguientes afirmaciones:

1.ª Que la doctrina en su estado actual (Castán, De Buen, De Diego, Diccionario de Derecho privado) admite la existencia de fundaciones de interés particular y hasta exclusivamente familiar (2).

2.ª Que el artículo 4.º de la Instrucción de 14 de marzo de 1899 para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular dice que, en las fundaciones de carácter exclusivamente familiar, el Protectorado reconoce la competencia de los Tribunales de Justicia (3).

3.ª Que si bien lo característico de la fundación es ser una organización destinada a realizar una obra desinteresada de forma permanente y reiterada, «esta nota originaria de interés público no es privativa de la fundación, sino de todas las personas jurídicas» (4); y que «si correlativamente a las Asociaciones se admite la personalidad de las sociedades civiles y mercantiles, parece que junto a las fundaciones de interés público debieran aceptarse las de *interés particular*»; concluyéndose que la persona jurídica, como recurso técnico «no tiene por qué monopolizarlo la supremacía del interés público y debe ponerse igualmente a disposición de los particulares para la consecución de sus privativos fines» (5).

(2) CÁRDENAS, loc. cit., pág. 579.

(3) Loc. cit., pág. 580.

(4) Id. id., pág. 581.

(5) Id. id., pág. 584.

4.ª Que no constituiría un caso de *fraudem legis* del artículo 781 del C. c., «pues se trata de adoptar una fórmula distinta» (6).

A estos impresionantes razonamientos se podría añadir el de que en Alemania se admiten las fundaciones familiares, como un tipo válido de fundación. Dado el respeto casi supersticioso tributado por tantos juristas a la dogmática alemana y el relieve y difusión que ella ha tenido gracias a la traducción anotada de alguno de sus más importantes tratados, no es de extrañar que este ejemplo haya contribuido poderosamente a ese estado, antes aludido, de opinión difusa favorable a la validez de la fundación familiar.

3. ALCANCE PRÁCTICO DE LA CUESTIÓN

En Derecho, nada hay más útil para centrar una discusión que el plantearla sobre ejemplos. En el trabajo tantas veces mencionado se refiere el siguiente caso: «Un padre con cinco hijos instituye herederos por partes iguales a los mismos, ordenando sin embargo, que se hicieran con su caudal seis partes, quedando la sexta de propiedad común, con objeto de que se acumularan sus rentas y fueran éstas un recurso para remediar, en su caso, las necesidades que a sus hijos y descendientes se presentaran y no pudieran solventar con sus rentas propias.» Proponiéndose que los bienes que se pretendía no fuesen enajenados formasen la dotación de una fundación familiar (7) cuyo fin sería «constituir un fondo de previsión y ahorro» (8). En este ejemplo no se da la nota de beneficencia que, en otros allí también propuestos, hace impura o mixta a la fundación familiar (9); pues el remediar las necesidades que se presenten no se refiere a una situación de pobreza, sino que se trata de evitar que se toque el capital de cada descendiente, para mantener así perpetuamente la prosperidad económica de la familia. Es este tipo de fundación *exclusivamente* familiar el que lógicamente habrá de ser examinado primero, dejando para después el estudio de las fundaciones benéficas de carácter familiar.

Otros ejemplos de fundaciones familiares, tomados ahora de la práctica alemana, pueden servirnos para medir el alcance práctico de la cuestión planteada:

1.ª El causante deja su patrimonio vinculado a perpetuidad en favor de su descendiente (o pariente más próximo) de más edad, que tendrá su administración y goce; para mantener «el honor y

(6) Id. id., pág. 586.

(7) Id. id., pág. 586.

(8) Id. id., pág. 585.

(9) Así cuando se dice que su *objeto* puede ser «socorrer a los necesitados, costear estudios, aportar dotes o premiar méritos, aunque se reduzca a los miembros de una determinada familia»; añadiéndose que responde a remediar «la penuria económica» con la misma finalidad que la «institución de los alimentos», idem id., pág. 585.

lustre de la familia», los bienes con que se vaya acrecentando el patrimonio fundacional serán concedidos en usufructo vitalicio a los parientes más cercanos, con audiencia del consejo de parientes; 2.º El patrimonio fundacional será inalienable e indivisible; los bienes serán administrados por los mayores de la familia; sus productos se distribuirán cada año entre todos los parientes mayores de dieciocho años; se prevé ayuda a viudas, huérfanos y necesitados no culpables; 3.º Las rentas del patrimonio vinculado se destinan a que el mayorazgo de la casa tenga la más esmerada educación; 4.º Las rentas de los bienes vinculados se destinan a que las duquesas solteras de la casa gocen de la situación económica adecuada a su dignidad, mal atendida—según la fundadora—por los jefes de la casa (10).

En España, en caso de admitirse su validez, parece que se aprovecharía la fundación familiar como medio para que el causante impusiese a sus descendientes el que se conservasen *perpetuamente* indivisos ciertos bienes, una explotación agrícola, una empresa industrial, organizando a su gusto la administración, confiándola a uno, al mayor por ejemplo, de los descendientes (11). Incluso, mediante una cautela como la de la cláusula sociniana, se podrían llegar a imponer de hecho vinculaciones sobre la misma legítima (12).

Los efectos de orden general que la validez de las fundaciones familiares pudieran producir en la vida social y económica española, es posible conjeturarlas teniendo en cuenta los resultados económicos y sociales que originó la vinculación y que al fin condujeron a la legislación desvinculadora (13). En los tiempos actuales ha de temerse más aún que la amortización de tierras, la vinculación de valores mobiliarios, de las participaciones en esas sociedades familiares formadas por los miembros de ciertas grandes familias, que sirven no sólo para esquivar impuestos, sino para conservar el poder y lustre de sus componentes. Pero estas son consi-

(10) FROMMOLD: *Die Familienstiftung*, A. C. Pr. 117 (1919), págs. 135-138. También GERBER: *Die Familienstiftung in der Funktion des Familienfideikommisses*, J. J. 2 (1858), pág. 352; SCHEURL: *Familienstiftung*, A. C. Pr. 77 (1891), páginas 248-262.

(11) Dice CÁRDENAS, loc. cit., pág. 586, que disponiendo el padre que la sexta parte de sus bienes quedase en propiedad común de sus cinco hijos, «esa parte que quedaba proindiviso entre los cinco hijos tiene indiscutiblemente eficacia mientras ellos vivan». Pero debe tenerse en cuenta que la indivisibilidad no puede imponerse, conforme a lo dispuesto en el art. 1.051 C. c. en relación con el artículo 1.708, 4.º, 1.056 y 400 C. c. (Ya en D. 10. 3. 14. 2)

(12) Dispensándose que el hijo, que no aceptase sus beneficios en la fundación y la validez de ésta, heredaría sólo lo que le correspondiese por legítima estricta, pasando las partes de mejora y libre disposición al hijo o hijos que se declarasen dispuestos a cumplir la voluntad del causante. Sobre la dudosa validez de estas cláusulas, que lindan o están ya en el campo del fraude a la Ley. FUENMAYOR: *Intangibilidad de la legítima*, A. D. C. 1 (1948), págs. 65-72.

(13) En Alemania la vinculación de bienes en forma de fundaciones familiares alcanzó un volumen casi increíble de millones de marcos. FROMMOLD, loc. cit., pág. 90.

deraciones que exceden del ámbito estrictamente jurídico, que es el que aquí interesa.

En fin, si fueran admitidas las fundaciones familiares, no habría ya ninguna razón válida para negar eficacia en nuestro Derecho a cualquier otra fundación particular, con tal que su finalidad no fuese ilícita. Podría el poeta o dramaturgo fracasado destinar sus bienes a forjarse una fama póstuma y cualquier original dedicar su patrimonio a estudios sobre la cuadratura del círculo o del movimiento continuo, a la conservación de su casa como si él siguiera viviendo, o a dar habitación en ella a ciertos animales. Así, la sociedad sería menos monótona—y pueden imaginarse ciertamente ejemplos más pintorescos que los mencionados—pero a costa de desviar los bienes de su función propia y de poner el Derecho al servicio de fines poco serios o arbitrarios.

4. LA FIGURA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓN FAMILIAR EN LA DOCTRINA ALEMANA

Este apartado pudiera pensarse que es del todo superfluo, pues no parece necesario referirse a un Derecho extranjero cuando se trata de resolver una cuestión de la que se ha afirmado antes que está claramente resuelta por las leyes y respecto a la que el Derecho alemán da precisamente una solución contraria a la española. Ello no obstante, se ha creído indispensable incluirlo. Para desarraigar el error básico de la tesis aquí criticada y evitar otros parrecidos de igual procedencia, será preciso ahondar hasta su propio origen; y éste se encuentra en una desgraciada desviación de la doctrina alemana sobre los conceptos de fundación y de fundación familiar, que seguida por tratadistas de otros países ha llegado a deformar la doctrina común. El examen de la doctrina alemana se trae a cuento, pues, en la esperanza de que con él se aclare la visión sobre dichos conceptos, termine la confusión sobre la naturaleza de la fundación familiar y se facilite la respuesta a otras cuestiones sobre la regulación jurídica de la fundación.

Los pocos autores que se han ocupado especialmente de la fundación familiar se quejan de que ha sido una de las instituciones más descuidadas por la doctrina (14), y quizá más que de desatención hubieran debido lamentarse de la desorientación general reinante sobre su origen y naturaleza. Por ello, parece conveniente recordar algunos datos sobre uno y otra (15).

Las casas de la alta nobleza alemana habían evitado la disgregación de sus bienes, que pondría en peligro la continuidad de

(14) SCHEURL loc. cit., pág. 243; FROMMHOLD loc. cit., pág. 87; BEHREND, *Zur Dogmatik der Familienstiftungen*, J. J., 72 (1922), pág. 118.

(15) Las referencias de FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp. 1929, págs. 618-620, no son utilizables a este respecto, pues no distingue las características del Derecho alemán de la propia opinión.

su preponderancia, vinculando los bienes de abolengo («bona aviatica», «stemmatica») en virtud de su potestad de soberanos autónomos. En el siglo XVI, aprovechando la favorable coyuntura social, la nobleza inferior, los patricios de las ciudades, los comerciantes y prestamistas, hacen también por vincular sus fincas y empresas, para conservar el codiciado «splendor familiae» («ad honorem ornatumque»). La autoridad del Derecho español, unidos la moda y el interés, facilita la difusión de la figura jurídica del mayorazgo (16); y apoyados los prácticos en tal modelo, logran pronto liberarse de las reglas romanas, imponiéndose consuetudinariamente el llamado fideicomiso familiar alemán (17).

La institución del mayorazgo suponía la vinculación de los bienes para conservarlos en la familia, estableciéndose determinados llamamientos, regularmente con preferencia al mayor de los descendientes, acompañados a veces de cargas y condiciones en favor de otros parientes (18); además, a diferencia del fideicomiso familiar romano, el mayorazgo tiene una ilimitada flexibilidad con los llamados mayorazgos irregulares y mayorazgos «de cláusula», que permite utilizarlo para las más diversas formas de vinculación mediante el establecimiento de patronatos (19), a los que se llamarán después con el nombre amplísimo de «patronatos de legos».

De modo paralelo, en Alemania se generalizan diversos tipos de vinculaciones: unas son casi simples mayorazgos, pero hay también otras que instauran una organización tan complicada que se asemeja a la constitución de un pequeño Estado, con Asam-

(16) En el siglo XVI, las grandes casas de banca—como la de los Fugger, tan relacionadas con Carlos I—, generalizándose luego en el siglo XVII, cuando la figura del mayorazgo era ya popular en Italia, Austria y Flandes. HÜBNER, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 1930, pág. 337-339. Ya GERBER, *Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideikommiss*, J. J. I (1857), pág. 67.

(17) Se llamó así a semejanza del «fideicommissum familiae relictum». Se procuró por los civilistas antiguos y los pandectistas modernos (comp. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 1886, III, 1, págs. 380-384) acercar ambas instituciones, pero se encontraban con el obstáculo insuperable de Nov. 159, c. 2 y c. 3, que limita el fideicomiso a cuatro generaciones o sucesiones. La diferencia la señaló con cuidado MOLINA, *De hispanorum primogeniorum*, 1650, I, 1, § 14, página 4; también PÉREZ DE LARA, *De anniversariis et capellanis*, I, 4, § 23 sig.; ed. 1733, pág. 14 sig. y allí citados.

(18) MOLINA, *De hispanorum primogeniorum*, ed. 1650, I, 1, § 22, pág. 5, resalta su fin; «ut in familia integra perpetuo conservetur». MATIENZO dice: «ut nomen eius familiae perpetuo conservetur», *Commentaria in librum quintum Relectionis legum Hispaniae*, 1613, 5, 7, I, gl. 1, fol. 164, vto. § 6. En la práctica real para fundar mayorazgos se autorizaba para constituirlos «con los vínculos, reglas, instituciones, veramientos, sumiciones, penas, fuerzas y firmezas y otras cosas que pusieredes y que quisieredes poner en el dicho Mayorazgo». MOLINA, *idem*, II, 17, pág. 336.

(19) Como señala MIERES (Peláez de), *Tractatus de maioratus*, 1575, folio 5 vto: muchos vinculan ciertas cosas o parte de sus bienes: «per viam patronatum», lo que «in substantia sunt quidam maioratus» y aunque, según el lugar, se les llame con otro nombre, «substantia rei non immutetur», fol. 6.

bleas de parientes, censores, jueces y hasta prisión familiar (20). No parece que se distinguiese entre los distintos tipos, pues atendiendo a la forma de la vinculación todos eran llamados fideicomisos, aun los de la más compleja estructura (21). El término de fundación se emplea en el sentido general de crear o establecer (o documento en el que consta la creación) la vinculación; como se habla aún hoy de fundar una familia o una empresa. Sólo en época relativamente reciente se empezó a distinguir entre fideicomiso de familia y fundación familiar; dando el primer nombre a las simples vinculaciones, las únicas parecidas al fideicomiso romano y dejando el segundo, todavía sin valor técnico especial, para las demás vinculaciones en las que el documento fundacional tenía especialísima importancia dado lo intrincado del mecanismo que se creaba.

En el momento de formarse la doctrina moderna de la persona jurídica, se consideró como tal sólo a aquella entidad que tenía vida independiente, una cierta permanencia y que además por su interés público merecía el privilegio de la personalidad (22). Conforme a ello, se considera persona jurídica, tipo fundación, sólo a los establecimientos piadosos y de común utilidad (23). Este criterio suponía, naturalmente, que la vinculación de bienes a favor de una familia no pudiera ser en ningún caso estimada fundación en sentido técnico y, por tanto, tampoco como persona jurídica. Será, pues, lógico que se diga, que la fundación familiar no es una verdadera fundación, sino sólo «un fideicomiso de familia modificado» (24).

La doctrina alemana—como se recordará—abandona más tarde la concepción realista de la persona jurídica y sigue una concepción formalista o abstracta; según ella, se considera persona jurídica, tipo fundación, a cualquier complejo de bienes o patrimonio destinado a un determinado fin (25). La cuestión sobre la

(20) Así el ejemplo de fundación familiar aducido por SCHEURL, loc. cit. páginas 249 y ss.

(21) En el documento mismo de la fundación familiar que aporta SCHEURL se dice que se constituyen «fideicommissa con previsiones bien pensadas para favorecer que se mantenga en los descendientes el honor y prosperidad de la familia», los que se distinguen de las fundaciones piadosas en favor de pobres y necesitados, pág. 250, y además se menciona la «casa del fideicomiso familiar», página 257.

(22) F. DE CASTRO, *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, A. D. C. (1949), pág., 1.399; *¿Crisis de la Sociedad anónima?* R. E. P. (1950), pág. 77.

(23) SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, trad. esp., 1879, II, § 86, páginas 63, 64; PUCHTA, *Pandekten*, 5.^a ed. por RUDORFF, 1850, § 27, pág. 40; VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 7.^a ed., 1865, I, § 60, pág. 101; ROTH, *Ueber Stiftungen*, J. J. I (1857), págs. 202-205, que menciona como ya HEISE (*Grundriss*, § 998, N. 13) la caracterizaba así, pág. 189, N. 2.

(24) ROTH, loc. cit., pág. 202.

(25) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3.^a ed. 1873, I, § 57, página 137; REGELSBERGER, *Pandekten*, 1893, § 75, pág. 293; BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, 1886, I, § 69, pág. 277; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, I, § § 77, 78, págs. 635-645.

naturaleza de la fundación familiar se plantea desde entonces en otro terreno, pues ha desaparecido el criterio discriminador de la concepción realista de la fundación. Pues si la fundación familiar consiste en una vinculación de bienes para un fin determinado, a la que incluso se le conoce ya con el nombre de fundación (26), ¿cómo no considerarla verdadera fundación? Así, con este simplista razonamiento y sin mayor reflexión, la doctrina común en Alemania incluirá entre las fundaciones a la fundación familiar (27).

Los autores de obras generales podían estimarse satisfechos con estas afirmaciones, pero los que trataron especialmente la cuestión —antes o después de publicado el Código civil alemán— se encontraron con gravísimas dificultades de orden teórico y práctico. Definida la fundación familiar como «ordenación por la que alguien destina o asigna para una familia ciertos beneficios de determinados bienes o capitales» (28), se imponía atender al significado que se da tanto a la familia como a la vinculación de los bienes.

La idea de la atribución a la familia—no individualmente a cada uno de los sucesivos beneficiados—corresponde a la concepción predominante en la Prusia del siglo XVIII, de que las familias eran «corpora» o sujetos jurídicos a los que pertenecían derechos y obligaciones. La consecuencia natural será entender que la «fundación familiar» pertenece a la familia («ad decorum et splendorem familiae») y que ésta es una Corporación cuya voluntad se expresa en la Asamblea de los parientes. Esta teoría será, en efecto, la general en la doctrina prusiana anterior y posterior al Código civil alemán (29). Sin embargo, la corriente dominante en Alemania (los tratadistas de Derecho civil en general) la ha rechazado, señalando el hecho de la progresiva disolución de la asociación familiar y lo artificioso de estimar a la familia como una persona jurídica (30). Pero la teoría sostenida por estos últimos autores, la de que es una persona jurídica, tipo fundación, encuentra obstáculos aún más difícilmente superables. Pues ha de advertirse que, conforme a la ley, los miembros de la familia con derecho a gozar de los beneficios de la fundación pueden cambiar el fin de la fun-

(26) No se escuchó siquiera la advertencia de BRINZ de que el uso de la frase «fundación familiar» no era decisiva para la existencia de un patrimonio fundacional, loc. cit., III, 1, § 446, N. 28, pág. 552.

(27) WINDSCHEID, loc. cit. I, pág. 138, N. 10; REGELSBERGER, loc. cit., página 346, N. 5; BEKKER, loc. cit., pág. 279, N. p.; GIERKE, loc. cit., I, página 648.

(28) Pr. A. L. R., II, 4, § 21.

(29) Incluso de otros autores como PÖLZL y HINSCHUS; citas de éstos y de la doctrina prusiana en FROMMHOUD, loc. cit., pág. 114.

(30) No deja de ser extraño que se haya dicho que las familias de la alta nobleza forman una corporación que es propietaria del patrimonio de la casa (BESELER, GIERKE) y se niegue esta condición cuando se trata de los fideicomisos y fundaciones familiares de otras familias; pues no puede ser decisivo que en un caso se haga jugar a la autonomía derivándola de un acto de soberanía y en otra de un negocio jurídico. Comp. HÜBNER, loc. cit., pág. 336.

dación, hasta en contra de la voluntad expresada por el fundador (31). En efecto, ¿cómo compaginar la preponderancia de la voluntad de los beneficiarios sobre la del fundador y el concepto de fundación, cuando en toda verdadera fundación la voluntad del fundador es la ley inalterable de la fundación?

La fundación familiar implica una vinculación de bienes, y ella puede consistir en la atribución del goce del patrimonio de la fundación, vitaliciamente, a un sólo miembro de la familia (32). Entonces su distinción respecto al fideicomiso resultará imposible. La doctrina prusiana no hubo de preocuparse de separarlos, pues entendía que una y otro pertenecían al mismo sujeto—la familia—y tenían el mismo fin de mantener el brillo y lustre familiar mediante la vinculación de bienes. Conclusión que tenía su base además en que las disposiciones legales les dan un trato conjunto y no hacen ninguna especial distinción (33). Por el contrario, la antes aludida doctrina dominante en Alemania, aun reconociendo expresa o tácitamente la dificultad de la separación (34), ha tratado de afirmarla y defenderla acudiendo al expediente de la personalidad jurídica. Para ello parece bastarle con reducir al mínimo el significado de ésta. Se dirá así que tal persona jurídica (la fundación familiar) «no tiene ningún fundamento de existencia material, sino que es sólo un mero medio formal de la construcción jurídica» (35), que la distinción entre fundación y fideicomiso es funda-

GIERGE, I, pág. 648; WOLFF, *Sachenrecht*, en *Lehrbuch* de ENNECCERUS, II, t. § 93, ed. 1927, pág. 309, y allí citados.

(31) Art. 2, § 1, P. A. B. G. B., Pr. § 252, citado por FROMMHOLD, pág. 13f. En el proyecto prusiano de 1913 se señalaba expresamente la «conexión peculiar que se da en la fundación familiar entre los elementos fundacionales y los corporativos» (pág. 237); cita de BEHREND, loc. cit., pág. 173, N. 44.

(32) Para evitar un fácil fraude (dadas las disposiciones más severas para consentir la fundación de fideicomiso) se propuso (sin que llegara a ser ley) excluir este supuesto de la fundación familiar, permitiéndose sólo que uno de los parientes (p. ej., el mayor) tuviese los mayores beneficios o que teniendo los todos no fuesen vitalicios, FROMMHOLD, loc. cit., pág. 94.

(33) El Derecho territorial general prusiano los regula en el título 4.º de la 2.ª parte, bajo la rúbrica de derechos comunes de familia; la ley de 15 de febrero de 1840 establecía disposiciones comunes para el fideicomiso y la fundación familiar; en los proyectos de reforma de 1913 y 1917, aunque ya se tratan de distinguir, se manifiesta siempre su íntima conexión.

(34) «De hecho, a lo sumo, hay una distinción espiritual muy fina», GERBER, loc. cit., pág. 358; su estrecho parentesco hace que, conforme a su naturaleza, una vinculación pueda hacerse tanto en forma de fundación de familia como en la de fideicomiso de familia, dice SCHEURL, loc. cit., págs. 263, 264; las estipulaciones de un «documento de fundación» pueden a menudo interpretarse tanto como erección de una fundación familiar como de un fideicomiso familiar, advierte BEHREND, loc. cit., pág. 220. Confusiones terminológicas se notan en BRINZ, III, § 423, pág. 382, y en WINDSCHEID, índice general, pág. 83, en relación con I, § 57, pág. 137, N. 8 y página 138.

(35) GERBER, loc. cit., pág. 365; dice también que el bien vinculado per tenece en su goce particular a cada miembro de la familia que a ese goce tenga derecho, pero que, ello no obstante, se forma una persona jurídica, es decir, «se localiza bajo la señora fingida de un sujeto fingido», pág. 364; y esa persona jurídica es una *cápsula* en la que se conserva una parte del patrímo

mentalmente «jurídico-formal», la que, se añade, puede expresarse en esta breve fórmula: «la fundación familiar es siempre sujeto jurídico en sentido del Derecho positivo; el fideicomiso de familia es, por el contrario, objeto del derecho» (36).

Mas esta construcción tiene el vicio de tantas otras: el de encerrarse en un círculo vicioso; se afirma que existe una *fundación* familiar porque ésta es una persona jurídica, un sujeto de derechos y que estamos ante una *persona jurídica* porque se trata de una fundación familiar (37). Mas estos juegos de nada bueno sirven en el Derecho. Así nos quedamos sin respuesta adecuada cuando se plantea una cuestión como la siguiente: En caso de extinguirse la fundación familiar por terminarse los llamamientos (p. ej.: carencia de varones en la línea directa) ¿qué ocurrirá con los bienes vinculados? Si se tratase de una mera vinculación fideicomisaria, los bienes recobran la condición de libres en manos del último llamado, pero si se afirma que constituyen el patrimonio de una verdadera fundación que se ha extinguido, los bienes habrán de pasar al fisco, como carentes de titular. Con lo que el juego teórico muestra su peligrosidad, al permitir un resultado inexacto e injusto (38).

A pesar de la importancia y volumen de las opiniones en contra (39), el Código civil alemán pareció inclinarse por la concepción de los parientes, pág. 365, es una forma «completamente sin substancia y que sirve sólo a la construcción jurídica formal», pág. 366.

(36) FROMMOLD, loc. cit., pág. 132; también BEHREND, loc. cit., pág. 218.

(37) Se hacen diversos e inútiles esfuerzos para escapar del círculo vicioso. Uno de los más ingeniosos es el intento hecho mediante el siguiente razonamiento: Reconocida la gran semejanza entre el fideicomiso y la fundación familiar, se caracteriza la fundación en que en esta «se piensa el fin en cierto modo como el alma de una persona ideal, a la que corresponde la propiedad de aquellos bienes», y el fideicomiso familiar en que «aquí la voluntad fundadora y que hace el llamamiento no forma un propio sujeto jurídico aparte de las personas de los beneficiados», «tiene sólo la existencia abstracta de una fuerza jurídicamente protegida y continuamente eficaz y el objeto es aquí materia de una propiedad independiente de los llamados, aunque internamente limitada por la eficacia de esta fuerza», GERBER, *Beiträge zur Lehre vom deutschem Familienfideikommiss*, J. J. 1 (1857), pág. 71. Respecto de la fundación familiar dice que es necesaria una doble concepción jurídica: «una vez como persona jurídica, otra como un patrimonio, constituido de modo especial, de los miembros actuales y futuros de la familia favorecida», GERBER, *Die Familienstiftung in der Funktion des Familienfideikommisses*, J. J. 2 (1858) página 366.

(38) Comp. GERBER, loc. cit., J. J. 1 (1857), pág. 77 (extinción del fideicomiso) y SCHEURI, loc. cit., A. C. Pr. 77 (1891), pág. 247; éste, para evitar la consecuencia de que los bienes pasen al fisco aplica a la fundación familiar el criterio del fideicomiso familiar. Comp. ENNECERUS, I, § III, IV, pág. 280.

(39) SCHLOSSMANN dice que es «un postulado aceptado casi por todos» que una fundación para poder estar dotada de personalidad ha de tener un fin piadoso o de común utilidad. La negativa de la necesidad del interés público, añade, fué debida precisamente a la pretensión de mantener con fundación a la fundación familiar, *Zur Lehre von den Stiftungen, Kritische Bemerkungen zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, J. J. 27 (1889), pág. 45. Esta opinión, la más general en las cátedras, parece ser que también era la de los Tribunales, pues decidían respecto de la fundación, que su «patrimonio debe ser empleado en fines piadosos y de general provecho», SEUFFERT, I, 97, cita de REGELSBERGER, loc. cit., pág. 346, N. 3.

ción formal de la fundación (art. 80), y con ello se favorece la creencia de que la fundación de familia sea una verdadera fundación (40). Esto ha hecho que los tratadistas se limiten a reproducir las anteriores afirmaciones, las de los autores antiguos, en este sentido (41). Postura quizá explicable por consideraciones extrañas al Derecho (42), pero que lleva al resultado de mantener una construcción contraria a la naturaleza de las instituciones. El que en fin de cuentas no quedará sin sanción, pues si se atiende bien a la realidad jurídica, la ley y la misma doctrina lo han ido repudiando silenciosamente. «Naturam expellas furca, tamen usque recurret». Bastarán para advertirlo con sólo un par de ejemplos más, como muestra y comprobación final de lo dicho.

La doctrina había hecho de la persona jurídica un rótulo ornamental (43) y la había entregado al arbitrio de la voluntad individual (44). El Código civil alemán exigirá como requisito indispensable para el nacimiento de cualquier fundación la aprobación estatal (art. 80). La concepción formalista (pseudo-liberal) ha originado así la reacción intervencionista (45). Pero lo que aquí im-

(40) Confirme a los textos legales no es tan claro, sino más bien lo contrario. Los artículos 80 y 87 B. G. B. se aplican a todas las fundaciones, pues el art. 59 de la Ley de introducción (E. G. B. G. B.) exceptúa sólo a «los fideicomisos de familia»; la siempre afirmada no aplicación de los artículos 80 y 87 a las fundaciones de familia, se justifica pues únicamente si se incluye a la fundación de familia entre los fideicomisos de familia, o sea si se le niega el carácter de persona jurídica. Esto ni siquiera resulta contradicho por la Ley de introducción prusiana, que trata y define a la fundación de familia (artículos 1-3) como la que «según el título fundacional sirve exclusivamente al interés de una determinada familia o de varias determinadas familias». En fin, nada supone la remisión del art. 85 B. G. B. para llegar al resultado que se critica.

(41) OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 1927, pág. 219; LEHMANN, *Allgemeiner Teil des B. G. B.*, 1933, pág. 471; HAFF, *Institutionen des Deutschen Privatrecht*, 1927, II, pág. 84; ENNECERUS, NIPPERDEY, *Derecho civil (Parte general)*, I, § III, traducción esp., 1934, I, 1, págs. 532-533; WOLFF, *Derecho de cosas*, 2.ª edición, I, (Trad. esp. del *Lehrbuch* de ENNECERUS, II, 1), § 93, págs. 555-556; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1952, § 80, pág. 39.

(42) Entre otras, la falta de atención hacia los Derechos particulares y la simpatía historicista y conservadora hacia las vinculaciones. Un resumen de las discusiones en Alemania sobre los fideicomisos en HEDEMAN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, 1930, II, 1, págs. 59, 60, 105.

(43) Se otorga «el honor de la personalidad» (DEMELIUS, *Ueber fingirte Persönlichkeit*, J. J., 4-1861-pág. 128) a las siguientes figuras jurídicas: a los predios respecto a las servidumbres (BÖCKING) y cargas reales (DUNCKER), al papel moneda (BEKKER); a la familia (respecto a las fundaciones de familia), a la herencia yacente y a las sociedades en general.

(44) Revela llamativamente la inconsecuencia de la doctrina el que sean los autores que—con toda razón—niegan que pertenezcan al ámbito de la autonomía de la voluntad la separación de patrimonios y todo lo relativo a las capacidades jurídica y de obrar los mismos que hagan esa entrega; cuando precisamente la personalidad jurídica origina la más completa independización de una masa patrimonial y significa la atribución de una capacidad.

(45) Se advirtió enseguida que el reconocimiento de la personalidad significa la entrega de un poder unitario y permanente sobre unos bienes a perpetuidad, sin limitación de tiempo y para un fin cualquiera, substrayéndose una masa de

porta resaltar es que si toda fundación depende del arbitrio administrativo—porque toda fundación interesa al bien común (46)—no puede decirse ya que tenga esta misma y propia naturaleza (de fundación) una figura que, como la fundación familiar, no requiere intervención alguna de la administración (47).

En otro respecto, los autores, inadvertidamente, han puesto también de relieve la diversidad esencial de estas dos figuras jurídicas. Así, para mostrar con más limpieza el contorno de la fundación, se insiste en que los beneficiarios de ésta tienen una pura condición de terceros y en que son por completo extraños a su vida interna; se dice además que no les puede corresponder o atribuirse participación alguna en la administración y se recalca que no han de gozar de ningún derecho directo sobre los bienes del patrimonio fundacional (48). Recuérdese ahora que en la fundación familiar, por el contrario, son normalmente los parientes llamados a sus beneficios los que administran y que ellos mismos tienen derechos de naturaleza inmediata sobre los bienes, y se tendrá otra prueba de la radical diferencia que separa a esta figura de la persona jurídica tipo fundación (49).

Los señalados tropiezos de la doctrina alemana común, es de esperar que puedan servir como advertencia del peligro que en general significa la concepción meramente formalista de la fundación, en cuanto lleva a confundirla con cada patrimonio separado o con cualquier bien vinculado y, en especial, del riesgo que supone considerar a la llamada fundación familiar como una persona jurídica de tipo fundación. Toque de atención que resultará más claro si se atiende a que tales escollos y toda dificultad se ha evitado por las doctrinas de otros países y ello con sólo permanecer fieles a la tradicional concepción realista de la fundación, la que también fuera propia de la dirección inicial del pandectismo alemán (50).

valores económicos al libre tráfico, con la correspondiente contracción de la circulación de la riqueza.

(46) La opinión común entiende que la fundación familiar sirve a los intereses propios de una familia (art. 1.º Ley introd. prusiana) o sea a unos fines egoístas (GERBER, J. J., 2, págs. 352-353). Ha quedado aislado el intento de BEHREND de conciliar la naturaleza propia de la fundación con la de la fundación familiar, queriendo demostrar que esta última sirve al «bien común». J. J., 72, páginas 138 y ss., 188 y ss.

(47) PALANDT, loc. cit., pág. 39.

(48) HÖLDER, *Kommentar zur Allgemeinen Teil des B. G. B.*, 1900 pág. 122; LEONHARD, *Der Allgemeine Teil des B. G. B.*, 1900, págs. 109-110; LEHMANN, *Allgemeiner Teil des B. G. B.*, 1933, pág. 471; ENNECCERUS, I §§ 111, II, página 279.

(49) Puede recordarse también que GIERKE, loc. cit., I, pág. 648, nota 23 dice que la fundación de familia ha de tratarse en la parte dedicada a los «bienes de familia» y por ello no la estudia con las personas; HÜBNER se esfuerza en demostrar que los patrimonios de abolengo de las grandes casas de alta nobleza (algunos organizados con la regulación más minuciosa) originan sólo de rechos de naturaleza real, loc. cit., pág. 336-337.

(50) Respecto de Austria, se dice: «El fin de la fundación ha de ser pado-so o de utilidad común. Donde falte tal fin por completo, como ocurre en

5. LA FUNDACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL.

a) *La doctrina de los autores*

La opinión antes aludida de ciertos estudiosos, difusa e inconcreta hasta ahora, encontró su apoyo en la creencia de que algunos de nuestros más ilustres tratadistas sostenían paladinamente la validez de la fundación exclusivamente familiar (51). Hay que confesar que sus palabras han podido interpretarse en tal sentido, si olvidando los antecedentes del propio Derecho se leían detrás de algún texto traducido, en el que—aunque respecto al Derecho alemán—se afirma que la fundación familiar es un tipo peculiar y válido de fundación (52). Pero estudiados sus dichos sin tal prejuicio, no parece que sea esta la consecuencia segura e inevitable a sacar. Más bien habrá que deducir todo lo contrario, si como es debido se les entiende conforme a sus naturales antecedentes.

Los tratadistas más inmediatos a la época de la publicación del Código, no mencionan a las fundaciones familiares, lo que se explica dado el estilo de la época, desinteresado de las formas anormales e ineficaces (53); los más modernos, al mencionarlas, siguen

especial en la fundación familiar pura, se negará la aprobación estatal. EHRENZWEIG, *Privatrecht, Allgemeiner Teil* 1951, § 80, pág. 200. El art. 646 del C. c. austriaco separa al efecto las sustituciones y fideicomisos (incluida la fundación familiar) de las fundaciones. Respecto a Holanda, se indica que la fundación requiere para su existencia «la separación de un patrimonio para un determinado fin ideal», SCHOLTEN, en *Asser's Handleiding*, I, 2, *Personenrecht*, página 164.

(51) DE BUEN señala que hay fundaciones de carácter público y particular «y hasta las hay de carácter exclusivamente familiar» (art. 2.º, apart. 2.º Instr. 24 julio 1913), pág. 452, agregando que las fundaciones que no tienen un interés público (aparte de su origen privado) carecen de personalidad, pág. 453. *Notas a Curso elemental de Derecho Civil* de COLIN Y CAPITANT, 1923, II, 1. CASTÁN se limita a decir que en cuanto a las fundaciones «las hay de carácter particular y hasta exclusivamente familiar» (Instr. 24 julio 1913, art. 2.º, ap. 2.º), *Derecho civil español común y foral*, 1952, II, 1, pág. 286. Los anotadores (PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER) al *Derecho Civil (Parte general)* de ENNECERUS, I, 1, pág. 535, no dicen más que: «Como especialidad relativa a las fundaciones de carácter exclusivamente familiar puede señalarse que el Protectorado ha de respetar la competencia de los Tribunales de Justicia». VALVERDE afirma «que existen corporaciones y fundaciones de interés privado, nadie puede negarlo» y critica el Código porque no les concede personalidad jurídica. *Tratado de Derecho Civil español*, 1935, I, pág. 275.

GALLARDO resume la doctrina diciendo: «una fundación con carácter altruista será válida», *Diccionario de Derecho Privado*, 1950, I, voz *Fundación*, pág. 2008. NART afirma que la fundación significa «la consagración de una empresa altruista», pero luego añade que la determinación del fin no tiene más limitaciones que las impuestas por la moralidad y el orden público, *La fundación*, R. D Pr., 1951 (junio), págs. 493, 495.

(52) ENNECERUS. *Derecho civil (Parte general)*, 1934, I, págs. 532-533

(53) Las menciones que se encuentran son precisamente para referir la supresión de las «vinculaciones familiares; pero no otras fundaciones benéficas o piadosas». FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español común y*

la corriente actual de referirse a los diversos tipos de cada figura jurídica y citan las fundaciones de carácter particular y familiar; verdad es que no nos aclaran si las consideran o no válidas, pero ello puede ser por darse ya por resuelta la cuestión y quizá por querer en una escueta redacción (notas a una traducción, contestaciones a programas, manuales) limitarse a la estricta exposición tipológica, como se hace también en otros casos (negocios ilícitos, simulados, indirectos). En tal supuesto, como fundaciones de interés privado, familiares y sin personalidad, quedarían aludidas, aparte de las familiares puras, las impuras y mixtas, las fundaciones dependientes y fiduciarias, las cargas y modos de significado semejante a la fundación, el patrimonio de suscripción, etc. No se puede, pues, admitir y ni siquiera deducir con seguridad una opinión común de los autores favorable a la validez de la fundación familiar, infiriéndola sin más de frases inconcluyentes y, sobre todo, cuando tal presunción supondría desconectar a la doctrina de lo mandado en la ley y de lo decidido por el Tribunal Supremo en repetidas sentencias.

b) *La regulación jurídica anterior al Código civil*

En nuestro Derecho, las cuestiones sobre bienes vinculados originaron, durante siglos, los debates jurídicos más llamativos y complicados. Al objeto de estas notas bastará con sólo destacar cuáles son los diferentes tipos de vinculación admitidos por las leyes y cuál sea su peculiar carácter y naturaleza.

Las limitaciones que impusiera el Derecho común a la perpetuidad de la vinculación de bienes (54), fueron—a ejemplo de lo ocurrido con los señoríos—rechazadas por la costumbre (55) y, al fin, también por las leyes de Toro, al admitir y regular la figura jurídica del mayorazgo (56). De su origen consuetudinario hereda esta vinculación una acusada imprecisión de líneas, mientras que el reconocimiento legal le otorga un cierto carácter ejemplar, que

foral, 1888, II, pág. 96; de las «Capellanías y fundaciones de carácter familiar», por la ley de 1841. BRAVO, *El Derecho vigente sobre Capellanías colativas de sangre, beneficios y legados píos, patronatos laicales y fundaciones de la propia índole*, 3.ª ed., 1879, pág. 101. SÁNCHEZ ROMÁN señala la aplicación preferente a las personas jurídicas de interés público (asociaciones y fundaciones) de las leyes sobre desvinculación, *Estudios de Derecho Civil* 1911, II, pág. 148.

(54) Las prohibiciones de disponer permitidas por P. 5, 5, 44 y P. 6, 11, 6, se entienden en conexión con el fideicomiso familiar romano, cuya diferencia con el mayorazgo recuerda siempre la doctrina, PARLADORIO, *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, dif. 18, *Opera iuridica*, ed. 1734, págs. 242-243. Sin embargo, algunos autores han entendido que P. 5, 5, 44 autorizaba la fundación de vinculaciones perpetuas; SEMPERE, *Historia de los vínculos y mayorazgos*, 2.ª ed., 1827, pág. 85; BRAVO, *El Derecho vigente sobre Capellanías colativas de sangre, beneficios y legados píos, patronatos laicales y fundaciones de la propia índole*, 3.ª ed., 1879, pág. 94.

(55) GREGORIO LÓPEZ, gl. 5. P. 6, 11, 6, gl. 1, P. 2, 15, 2.

(56) L. T. 40-46.

permite su generalización; de este modo, el mayorazgo pudo servir de justificación y cobertura a los más variados tipos de vinculación.

Entre las muchas clasificaciones posibles respecto a los bienes vinculados, conviene recoger la que tiene en cuenta la posición de los sujetos y que, con un tanto de imprecisión, distingue entre el patronato activo y el pasivo (57). Se consideran patronatos activos los que conceden a los patronos la facultad de presentar o designar al beneficiario, persona o personas que perciban las rentas o frutos de la vinculación; no cambia su naturaleza si el patrono o los patronos tienen además la carga (sin ventaja patrimonial) de la administración. Pueden ser de distinta naturaleza: respecto de beneficios eclesiásticos, de capellanías, colativas o beneficios impropios, aniversarios, legados píos, y obras pías. En los patronatos pasivos se atiende a que el favorecido (patrono) tiene el derecho a recibir las rentas o frutos de la vinculación; no importando, para su carácter, que el beneficiado tenga o no la administración de los bienes. Aunque no se le designe de tal modo, su forma más típica es la del mayorazgo; se conocen en cambio con el título específico de patronato de legos (pasivo) a las demás vinculaciones familiares o gentilicias, con o sin cargas piadosas y a las capellanías mercenarias, aniversarios y memorias de misas de igual carácter (58).

Respecto de uno y otro tipo de patronato había que tener en cuenta diversas reglas del Derecho canónico y del Derecho regio, según su carácter eclesiástico o laical. Pero, lo que más interesa para entender bien el Derecho moderno es la diferencia entre otros dos tipos de vinculaciones según su carácter, las de mero interés privado y las que afectan al bien común.

Aunque a veces pase inadvertida (59), hay una diferencia radical, manifestada en decisivas consecuencias jurídicas, entre los llamados patronatos de legos pasivos y las obras pías (de patronato lego activo). En los patronatos de legos pasivos, la vinculación afecta directamente a los bienes vinculados, originando—en términos generales—su completa indisponibilidad en beneficio de personas determinadas, de los miembros de una familia en sentido más o menos estricto (familiar, gentilicio). Capellanías mercenarias, aniversarios, fundaciones familiares (de patronato pasivo), son asimiladas fácilmente a los mayorazgos, pues como éstos crean dere-

(57) Claro que una misma persona puede estar en la doble condición de patrono activo y pasivo, aplicándosele entonces las reglas correspondientes a ambos.

(58) «Especie de vínculos o mayorazgos con el gravamen de celebrar o mandar sus poseedores que se celebren cierto número de misas en las iglesias, capillas o altares designados para el fundador», GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1868, II, pág. 315; BRAVO, loc. cit., página 9.

(59) Motivo de ello puede ser que los patronatos activos de toda clase contribuían también, como los mayorazgos y capellanías, al lustre, esplendor e influencia de la familia que los poseía.

chos sobre los bienes vinculados, en favor de los llamados. Su reconocimiento legal se basa en aquella asimilación con el mayorazgo, y la situación de los bienes y el cumplimiento de la voluntad del fundador se abandona consiguientemente a la voluntad de los interesados (60); sólo cuando existan mandas o cargas piadosas, y en lo que a ello importa, había de intervenir el Obispo para hacerlas cumplir.

Las obras pías corresponden a otra esfera jurídica. Su origen y regulación legal son distintos. El Derecho romano cristiano reconoció abiertamente la posibilidad de la fundación piadosa con vida jurídica de completa independencia (61) y el Derecho canónico y el Derecho real dictarán reglas especiales para su protección, dado su interés para toda la comunidad. Pues sus beneficios no van a personas determinadas, no crean ni contribuyen a mantener situaciones de privilegio y desigualdad sino que se destinan a socorrer espiritual y físicamente a los necesitados. El negocio fundacional, las relaciones jurídicas que a ellas se refieren toman un matiz peculiar, pues el carácter de «causa pía» que origina la afectación de los bienes hace que, en todo supuesto, se les considere dignas de especialísima protección (62). Los bienes que forman el patrimonio de la obra pía no están vinculados al modo de los de mayorazgo; están destinados a servir un fin de duración indefinida y sin término previsible, no quedan afectados normalmente por una prohibición de disponer sino sólo limitada la facilidad de disponer por la exigencia de especiales requisitos de forma y justificación (63). Pero la peculiaridad más significativa y visible es la intervención en su funcionamiento de la autoridad pública, como representante del bien común. Son beneficiarios los pobres, los menesterosos, e indirectamente, por tanto, la comunidad; se trata, pues, de un interés público, que, como tal, no puede dejarse al arbitrio de los particulares. Las obras pías de carácter eclesiástico—por su patronato o adscripción a un establecimiento de la Iglesia—quedaban bajo la regulación exclusiva del Derecho canónico. Las obras pías nacidas bajo, o a las que se concede, el Protectorado Real estaban bajo la exclusiva vigilancia del Rey (64). Las demás obras pías laicas, quedaban sometidas por su carácter piadoso a la visita del Obispo y por su interés general a la ins-

(60) Determinación del beneficiado, preferencia, reparo de beneficios. Como ocurre, en general, con la voluntad del testador.

(61) Nov. 120, c. 6, § 1, 1. Otras citas en *ROSA*, loc. cit. págs. 198 y sig. El resultado de las investigaciones modernas: *DUFF, Personality in Roman private Law*, pág. 168-205.

(62) Se le atribuyen los más variados privilegios fiscales, procesales y civiles. Es la materia que más ocupa a los autores. Estudio básico; *MOSTAZO, De causis piis, in genere et in specie* (Licencia de 1679, citado por la ed. de 1700).

(63) En este sentido se puede hablar mejor de amortización que de vinculación. En efecto, mientras la legislación desvinculadora no se aplicará a las fundaciones piadosas, sí se le aplicará la legislación desamortizadora.

(64) Reconocido por el Concilio de Trento (sec. 22, c. 8). Generalmente se delegaba esta facultad en el Patriarca de las Indias o en algún Capellán real.

pección de las autoridades administrativas (65). En la práctica—según los datos conocidos—se observa que los fundadores o los patronos procuran evitar la inspección episcopal, amparándose bajo el patronato real. Este se busca, parece, más que como fuente de favor especial, como medio de asegurar la independencia de la fundación (respecto de los bienes de la Iglesia) y, más tarde, también para disfrutar de exenciones fiscales (66).

Mayorazgos y patronatos de legos tuvieron hondo influjo en la organización social y económica de España. El enrarecimiento de capitales libres fué rémora casi invencible para el desarrollo industrial del país y la prohibición de disponer reducía estímulos para la mejora de los cultivos en el campo. Causa, además, de inamovilidad entre las clases sociales, que acentuó la desigualdad y que fomentaba un clima de resignada inercia y de general falta de iniciativa económica. No puede, pues, extrañar la enemiga de los «ilustrados» hacia las vinculaciones y las numerosas propuestas para suprimirlas (67).

El movimiento liberal hizo triunfar en España las ideas desvinculadoras y desamortizadoras. Originan, las primeras, la libertad de los bienes vinculados, permitiendo su libre tráfico y disposición; las segundas imponen la venta forzada—conversión en títulos de la Deuda—de las fincas pertenecientes a las llamadas

(65) Esta intervención del Poder público, decisiva para el carácter de la fundación, no ha sido aún debidamente estudiada. En España se encuentran reglas sobre ella, aunque desperdigadas y no fáciles de encontrar. Se dispuso en 1528 que los Justicias hagan la visita con los Prelados (N. R. I, 6, 4); BOVADILLA (CASTILLO DE) repetirá que la visita ha de ser hecha por los corregidores, *Política de Corregidores*, II, 17, 139, II, 18, 220, ed. 1624, II, páginas 717, 822. En 1652, respecto a las Indias, se dispone que en los Hospitales de ciudades y particulares tome las cuentas el Obispo y asistan a la visita los Diputados de la Ciudad para poder presentar lo que hubiera contra ellas, R. I. I, 4, 5, § 22. La Instrucción de 15 de mayo de 1788, para los Corregidores y Alcaldes Mayores, dispone que donde hubiere «Hospitales, Casas de Misericordia y otras cualesquiera obras pías destinadas a pobres, dotes de huérfanas, estudios u otros fines, de utilidad pública» celarán que por los Administradores y demás personas que intervengan en ello «se cumpla exactamente con el instituto y objeto de semejantes fundaciones», art. 27, PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, 1794, IX, pág. 319.

(66) Así, por R. D. de 21 de agosto de 1795, se impone un 15 por 100 sobre el valor de todos los bienes raíces y derechos reales que adquieran las manos muertas, incluyendo entre ellas a «toda fundación piadosa que no esté inmediatamente bajo mi soberana protección», SEMPERE, *Historia de los vínculos y mayorazgos*, 2.ª ed., 1847, pág. 126.

(67) Decía CAMPOMANES: «Ciertamente que conceder a un ciudadano el derecho de transmitir su fortuna a una serie infinita de poseedores; abandonar las modificaciones de esta transmisión a su voluntad, no sólo con independencia de los sucesores, sino también de las leyes; quitar para siempre a su propiedad la comunicabilidad y la transmisibilidad, que son sus dotes más preciosas; librar la conservación de las familias sobre la dotación de un individuo en cada generación y a costa de la pobreza de todos los demás, y atribuir esta dotación a la casualidad del nacimiento, prescindiendo del mérito y de la virtud, son cosas no sólo repugnantes a los dictámenes de la razón y a los sentimientos de la naturaleza, sino también a los principios del pacto social, y a las máximas generales de la legislación y política», SEMPERE, loc. cit., pág. 123.

manos muertas (68). A nuestro fin importa sólo lo dispuesto por las leyes desvinculadoras, para fijar según ellas el alcance que las prohibiciones de vincular bienes tienen en nuestro Derecho.

El artículo 1.º de la Ley de 27 de septiembre, 11 de octubre de 1820 dispone: «Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra clase de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de los absolutamente libres.» El art. 14, añade: «Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre Bancos u otros fondos extranjeros» (69).

Al hacerse el despojo de los bienes de la Iglesia declarándolos bienes nacionales, se exceptúan los bienes pertenecientes a «prebenda, capellanías, beneficios y demás fundaciones de patronato pasivo de sangre» (art. 3.º, Ley 24-29 julio 1837; art. 6.º, 1.º, Ley 2 septiembre 1841). Disponiéndose después, que «los bienes de las Capellanías colativas, a cuyo goce están llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudicarán como de libre disposición a los individuos en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco, según los llamamientos» (70).

Estos dos grupos de disposiciones significan el fin de todas las

(68) No es esta la ocasión de tratar de los males y bienes de estas figuras. Bastará advertir la radical diferencia de las antiguas y las modernas vinculaciones, basadas aquéllas en la idea de perpetuar el esplendor de las familias, su creación y organización se entrega al arbitrio del fundador; tanto que GERBER llega a decir que significan un extraordinario aumento de la personalidad, que son una exigencia de la libertad de Derecho privado y que su supresión sería no sólo un ataque contra la nobleza, sino una disminución de la propiedad (J. J. 1—1857—, págs. 53, 54, 59); claro que atiende sólo a la libertad de uno, la del fundador y no a la pérdida de libertad de los demás o de los más. Las vinculaciones modernas—patrimonio familiar y campesino—tienen carácter funcional e intrínsecamente limitado. En el preámbulo de la ley de 15 de julio de 1952 se dice expresamente que «no busca el restablecimiento de vinculaciones, fideicomisos y mayorazgos». También debe atenderse a que la condena de los vínculos no es responsable de las torpezas y actos deshonrosos originados con motivo de la desamortización: despojo de bienes eclesiásticos y liquidación de bienes comunales y de propios, que eran de hecho sostén de las clases más necesitadas.

(69) Por R. O. de 11 marzo 1824 se restablecen las vinculaciones; la ley de 9 de junio de 1835 dicta medidas de transición. El R. D. de 30 de agosto de 1836: «Restablece en toda su fuerza y vigor el decreto de Cortes de 27 de septiembre de 1820, publicado en las mismas como ley en 11 de octubre del mismo año, por el que quedaron suprimidas las vinculaciones de toda especie, y remitidas a la clase de absolutamente libres los bienes de cualquier clase que las compongan», art. 1; la ley de 19 de agosto de 1841 dicta reglas para la adjudicación y distribución de los bienes vinculados.

(70) Artículo 1, ley de 19 de agosto de 1841. En el artículo 4 se dispone que «cuando sólo el patronato activo fuese familiar se adjudicarán también los bienes en concepto de libres a los parientes llamados a ejercerlos».

fundaciones perpetuas de verdadero carácter familiar, sea cualquiera la clase de bienes afectados y la figura jurídica utilizada. Mayorazgos, fideicomisos familiares, fundaciones familiares y patronatos pasivos de legos quedan suprimidos y se prohíbe el que se establezcan en lo futuro. Los que tuvieron la condición de beneficiarios al tiempo de dictarse las citadas leyes (o en su caso, y en parte, los de la segunda generación) se encuentran con la dádiva gratuita de la libre titularidad de los bienes antes vinculados y con el consiguiente aumento de valor económico que supone el poder disponer de ellos a su arbitrio.

Nadie pudo poner en duda este amplísimo efecto de la desvinculación; lo que no resultaba del todo claro es si su efecto disolvente se extendía hasta comprender a todas las obras pías. Cuestión esta que originó expedientes y procesos sin cuento, y que por su trascendencia económica y social hubo de resolverse al fin de modo terminante, y en forma que será decisoria para la suerte de las fundaciones en general.

La expropiación de bienes eclesiásticos y comunales había hecho caer sobre el Estado la carga de cuidar a los enfermos, menesterosos y desvalidos y ello en un momento en que era tanto más difícil de soportar, por la gran pobreza del tesoro y la crisis económica del país. Es natural que entonces se vuelva la vista a las fundaciones particulares de beneficencia, que en la realidad y en la creencia común eran numerosas y ricas, pero mal administradas (71). De ahí, una renovada actividad de la administración, que busca con afán imponer la efectiva inspección sobre la administración de las fundaciones y la revisión de sus cuentas (72).

Los patronos familiares de las obras pías o benéficas, a los que la anterior laxitud—descuido del deber de visita o cumplimiento mediante inspecciones formularias—habituara a considerar y administrar los bienes fundacionales como vinculados en beneficio propio o familiar, resentidos por la intromisión administrativa y contagiados de la general codicia del tiempo (73), pretenderán que

(71) *Relación de la Dirección de fomento general a Godoy*, SEMPERE, loc. citado, pág. 131. Exposiciones de motivos de R. D. 6 julio 1853, D. 1 diciembre 1869, O. 7 febrero 1870, D. 22 abril 1873, 30 septiembre 1873, R. D. 27 abril 1875, etc.

(72) Sobre la jurisdicción contenciosa y gubernativa de los jueces ordinarios y el juzgado especial y protector de los patronatos de legos en territorio de la Audiencia de Sevilla (R. O. 27 julio 1827, R. C. 2 abril 1829), ORTIZ DE ZÚÑIGA, HERRERA, *Derechos y atribuciones de los Corregidores, Justicias y Ayuntamientos de España*, 1832, IV, págs. 160-162, R. O. 26 marzo 1834, sobre vigilancia y protección de los subdelegados de fomento; R. D. 17 enero 1841; R. O. 25 marzo 1846; art. 11, reglas 5 y 7 de la ley de 20 de junio de 1849.

(73) Las leyes desvinculadoras y sobre bienes nacionales originaron un frenesí avaricioso; las familias se disputan entre sí los bienes desvinculados, especuladores de toda clase social adquieren por precios irrisorios o nominales lo substraído a la Iglesia y a los pueblos, las primas prometidas a los denunciantes hacen que hasta con el silencio se trafique; en este bajísimo clima moral no se estima injustificada el ansia de los patronos por apropiarse de los bienes destinados por sus mayores al alivio de pobres y necesitados.

la Ley de 1820 desvinculaba también a las fundaciones benéficas.

El forcejeo, entre los patronos que pretendían la desvinculación y la Administración pública que defiende la subsistencia de las fundaciones benéficas, duró bastantes años. Las autoridades gubernativas exigen a los patronos que rindan cuentas; los delegados de Hacienda, a efectos de la desamortización, imponen la venta de los inmuebles de las fundaciones y la inversión del precio en bonos o títulos de la deuda. Los particulares acuden a los Tribunales solicitando declaren que se trata de bienes familiares vinculados, a distribuir por tanto entre los parientes más cercanos y que, además, como bienes de particulares, están exentos de la desamortización. Frente a estas pretensiones, las autoridades administrativas se opondrán, negando competencia a los Tribunales, alegando que, por tratarse de bienes de beneficencia, no estaban afectados por la desvinculación (74).

Durante algún tiempo—en especial de 1850 a 1855—pudo temerse la desaparición de las fundaciones benéficas. El art. 14 de la Ley de 1820 disponía que nadie podrá en lo sucesivo fundar «patronato, capellanía, *obra pía*, ni vinculación alguna» y el Tribunal Supremo, en recurso de nulidad de 7 de mayo de 1850 dijo que el artículo 1.º de la Ley debía entenderse en armonía con los artículos 14 y 15 y que, conforme a ellos, habían quedado «suprimidas las vinculaciones existentes de cualquier clase que fuesen»; lo que, en la práctica, se interpretó como la condena a muerte de todas las fundaciones (75).

Este criterio, afortunadamente, no llegó a prosperar. El artículo 14 de la Ley de 1820 había que entenderlo, todo lo más, como referido a las vinculaciones eclesiásticas (76) y, además, en relación con el artículo 15, que al prohibir la amortización de bienes raíces en favor de «los hospitales, casas de misericordia y enseñanza» admitía implícitamente la supervivencia de tales «manos muertas».

Sobre todo, no podía olvidarse que las leyes sobre beneficencia, incluso las menos favorables a las fundaciones privadas, reconocieron la existencia y plena validez de los establecimientos de beneficencia de fundación particular (77). Doctrina que se estima

(74) R. O. 30 diciembre 1838; R. O. 16-22 marzo 1844; R. O. 25 marzo 1846; Consejo Real 27 marzo 1847.

(75) En la R. O. 5 julio 1861 se dice que hasta 1855 prevaleció la doctrina de que debían adjudicarse y distribuirse los bienes de las fundaciones entre los parientes de los fundadores, lo que produjo «el sensible resultado de privar a la Beneficencia pública de no pocas fundaciones». En verdad, la sentencia de 1850 se refería a una fundación exclusivamente familiar.

(76) En este sentido PACHECO, *Comentario a las leyes de desvinculación*, 1847, pág. 62.

(77) La ley 23 enero-6 febrero 1822 (Decreto de Cortes de 21 de diciembre de 1821) se propenia acabar con la independencia de las fundaciones privadas (arts. 25, 26, 127) pero, por el momento, las respeta (arts. 128, 129); es reconocida su continuada validez por innumerables Decretos y Ordenes, y la ley de 20 de junio de 1849 las regula con la denominación de establecimientos de beneficencia particulares (art. 1, art. 11, reglas 1, 5 y 7).

jurisprudencialmente reconocida desde las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1855 y de 10 de marzo de 1858.

La discusión sobre estas cuestiones sirvió para aclarar conceptos y, así, puede afirmarse sin dudas que, antes de publicarse el Código civil, son ciertas estas conclusiones.

a) Que las leyes desvinculadoras no se referían—dado su silencio y su finalidad—a los bienes destinados a fundaciones benéficas (78).

b) Que se establece una distinción tajante y fundamental entre estas dos figuras: 1.ª Fundación o patronato (pasivo) familiar o sea el «establecido en favor y utilidad de los parientes de los fundadores o de las familias que los mismos designaron» (79). 2.ª Las fundaciones benéficas (incluso las de patronato activo familiar) o sea las «creadas en beneficio no de ciertas y determinadas personas o familias sino de las clases más menesterosas o más dignas de protección» (80). La primera figura queda afectada por la desvinculación y es disuelto el vínculo al ser declarados libres los bienes. Las segundas matienen su eficacia y quedan regidas por la legislación sobre beneficencia.

c) Que al protectorado (asumido por el Gobierno) corresponde la defensa, mediante todos los recursos administrativos y judiciales pertinentes, de las fundaciones benéficas, frente a las aspiraciones de los familiares del fundador, cuando éstos pretendan obtener los bienes destinados a ellas solicitando la desvinculación (81). En cambio, «en las cláusulas de fundación que revistan carácter exclusivamente familiar, el protectorado respetará la competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia» (82). Es decir, no hará nada para obstaculizar la desvinculación y se abstendrá de intervenir en contra de la consiguiente atribución y distribución judicial de los bienes como libres, en favor de los parientes del fundador a quienes corresponda (83).

(78) Desde la S. T. S. 30 junio 1855, en la que se utiliza ya la distinción entre la vinculación propia del mayorazgo o fideicomiso familiar y el destino de los bienes peculiar de la fundación benéfica; definiendo a esta como: «un conjunto de bienes simplemente amortizados para llenar con sus rentas su peculiar objeto».

(79) Según define S. T. S., 10 marzo 1858.

(80) Conforme dice la R. O. 5 julio 1861. «Fundaciones meramente benéficas o piadosas cuyos bienes no están destinados a determinadas familias o personas», S. T. S. 20 septiembre 1864. La R. O. 25 marzo 1864 ponía el acento en «los intereses colectivos». En el art. 5 del R. D. 27 abril 1875 se hace una enumeración descriptiva, recogiendo las disposiciones anteriores.

(81) Arts. 8, 11 núm. 4, 13 núm. 3, 16 núms. 11 y 12, 70 del R. D. 27 abril 1875.

(82) Art. 8 par. 5. R. D. 27 abril 1875; es la fórmula después usada en las instrucciones de 1899 y 1913; empleada ya en el artículo 6 de la ley de 14 de junio 1856.

(83) En la R. O. 5 julio 1861 se dice que los funcionarios de la Administración pública, a «quienes más inmediatamente están encomendadas la inspección, protectorado y defensa de los bienes del ramo de Beneficencias», han de abstenerse de actuar respecto a las fundaciones que tengan «carácter familiar

c) *La regulación jurídica después del Código civil.*

Siendo tal y como se ha referido la situación legal antes de publicarse el Código civil, para que sean válidas las fundaciones exclusivamente familiares no bastará con afirmar que el Código no las ha regulado, sino que sería preciso probar algo más, que el Código ha cambiado la regulación de las vinculaciones (84). Y tal prueba no sólo no parece posible, sino que el sistema general del Código repudia la vinculación de bienes de modo perpetuo o indefinido en favor de los parientes o de la familia del fundador.

Las leyes desvinculadoras—a diferencia de las desarmotizadoras—habían de ser respetadas al redactarse el Código, pues el artículo 1.976 no las afecta, por ser materia política que no es objeto del Código (85) y, además, porque por mandato de la Ley de Bases la propiedad se regula «con arreglo a los fundamentos capitales del Derecho patrio» (B. 10.*), entre los que está la desvinculación, como con razón lo ha entendido la jurisprudencia (86).

Más aún, el Código civil ha establecido un criterio todavía más severo, respecto a las vinculaciones y prohibiciones de disponer, que el que se consideraba vigente antes de su publicación. La doctrina y la jurisprudencia entendieron que las leyes desvinculadoras prohibían sólo las vinculaciones perpetuas, pero que no afectaban a los fideicomisos no perpetuos, al menos a los que no excediesen de la cuarta generación (87). Pero, al discutirse la regulación que habría de darse en el Código civil a la sustitución fideicomisaria, hubo general acuerdo en limitarla a la segunda generación, porque «permitir que se establezca indefinidamente, en favor de muchas generaciones, es volver a amortizar y esterilizar la tierra, resucitar la vinculación y herir un alto interés social» (88). Los artículos 640,

pasivo»; mientras que respecto de las demás fundaciones «instituidas con destino a alguna atención de Beneficencia habrá de dar cuenta al Ministerio cuando respecto de ellas «penda litigio sobre su pertenencia o adjudicación de los bienes que las constituyan» (art. 1) y en caso de que lo apremiante de los términos legales impida la consulta, se ordena la adopción de las medidas indispensables para que se interpongan en tiempo y forma los recursos procedentes, con especialidad los de apelación y casación en los respectivos casos (art. 2).

(84) No es suficiente decir: «Hay por tanto un vacío legal respecto a las fundaciones familiares de Derecho privado, que tanto puede significar repulsa como admisión tácita», CÁRDENAS, loc. cit., pág. 579.

(85) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, ed. 1949, I, págs. 278 y sig.

(86) S. T. S. 8 mayo 1849, 6 abril 1927, 9 julio 1927, etc.

(87) Dice ya PACHECO que no se refieren a «los fideicomisos comunes ni a las reservas de propiedad que no son vinculares», loc. cit., pág. 62. GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, ed. 1868, II, págs. 324, 325; III, pág. 344, MAURA, *Dictámenes* 1930, III, páginas 439 y sig. Jurisprudencia, la citada en GUTIÉRREZ, III, págs. 345-347 y MAURA, III, págs. 441 y sig. MARTÍN LÁZARO, *El segundo grado en las instituciones fideicomisarias*, R. G. L. J., 1941 (enero-febrero), págs. 29-30.

(88) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 1884, I, pág. 206. S. T. S. 3 noviembre 1890, 5 abril 1934, 29 octubre 1949. En general, y en especial sobre la discusión parlamentaria, LÓPEZ

781 y 785, números 2.º y 3.º del Código, conforme a este propósito, prohíben según su letra y su espíritu no una especial forma de vinculación, sino cualquier «fórmula» mediante la que se pretenda alcanzar el resultado de la vinculación (89).

Cuestión distinta y más amplia, más íntimamente ligada a la de la validez de la fundación familiar, es la de si en nuestro Derecho pueden constituirse eficazmente fundaciones de interés particular. Para contestarla con la debida justeza habrá que plantearla en conexión con las leyes desvinculadoras: ¿pueden vincularse bienes indefinidamente o a perpetuidad para ponerlos al servicio de un interés particular? Las leyes desvinculadoras vedan terminantemente y del modo más general las vinculaciones y las prohibiciones de disponer. Una sola excepción se hace y es en favor de las fundaciones benéficas fundadas y dirigidas por particulares; mas es porque en ellas se atiende a los «intereses colectivos», a los *intereses públicos* (90). Por ello, con una exactitud a la que no se le ha hecho la debida justicia, el Código civil sólo admite como personas jurídicas las «fundaciones de *interés público* reconocidas por la ley»; es decir, aquellas permitidas y reguladas por las disposiciones sobre beneficencia (91).

El Código civil sigue igual principio respecto de las llamadas fundaciones sin personalidad, o sea respecto de las cargas impuestas a perpetuidad sobre bienes de otra persona (heredero, legatario, donatario) con un determinado fin o destino; pues sólo considera válida «la obligación impuesta de invertir ciertas cantidades periódicamente en *obras benéficas*, como dotes para doncellas pobres, pensiones para los estudiantes o en favor de los pobres o de cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción pública» (artículo 788) (92). Siendo de subrayar que, separándose de lo

(Jerónimo), *Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal*, A. D. C. 1950, 2, págs. 510 y sig.

(89) CÁRDENAS, loc. cit., pág. 586, afirma que la «fórmula distinta» de vinculación de la fundación familiar es «perfectamente lícita en su propósito y jurídicamente eficaz en su desarrollo». Pero la fundación familiar no sería un caso de posible fraude a la ley, sino que es sencillamente un acto contra la ley (art. 4 C. c.); ni siquiera cabría intentar disimularla bajo la figura artificiosa del negocio indirecto.

(90) Términos ya empleados en la R. O. 25 marzo 1846.

(91) En ellas se ha ido fijando cuál sea el significado que ha de darse a los términos de interés público y beneficencia. R. O. 25 marzo 1846, R. O. 21 abril 1871, R. O. 14 junio 1871, R. O. 28 agosto 1871 («instituciones benéficas de origen privado, ya se reconozcan bajo la denominación genérica de patronatos, memorias y obras pías, ya por estar *destinadas al remedio permanente de cierta necesidad o desgracia*, se los llame hospiales, hospicios, casas de maternidad, colegios etc.»), R. O. 26 junio 1886, R. D. 14 marzo 1899, art. 2, R. D. 27 septiembre 1912, art. 2 («destinados a la enseñanza, educación, instrucción e incremento de las Ciencias, Letras y Artes»).

(92) El art. 1872 del C. c. portugués se refiere a las disposiciones en favor de «los indigentes, dotes para doncellas pobres o en favor de cualquier establecimiento o fundación de mera utilidad públicas». En nuestro C. c. se ha busca-

dispuesto en el Código italiano, no se permite que la carga se establezca en favor de personas de una dada cualidad o de determinadas familias (93), y que, a diferencia del Código suizo, no se consiente tampoco para costear la educación, dote y ayuda de los parientes o familia del fundador (94).

El sistema legislativo en esta materia es claro y unitario; ya que en los preceptos del Código sobre las fundaciones y cargas perpetuas se ha aplicado sencilla y consecuentemente el criterio que de modo general imponían las leyes desvinculadoras (95).

Después de lo dicho, no parece puedan quedar dudas respecto del sentido de estas frases: «En las fundaciones que revistan carácter exclusivamente familiar, el Protectorado respetará la competencia de los Tribunales de Justicia» (art. 4.º, Instrucción de 14 de marzo de 1899); «En las fundaciones benéfico-docentes que revistan carácter exclusivamente familiar, el Protectorado respetará la competencia de los Tribunales de Justicia» (art. 2.º, Instrucción de 24 de julio de 1913). Significan, como expresaban las mismas palabras de las disposiciones anteriores al Código y de las que se copian, que el Protectorado no tiene por qué velar por el cumplimiento de la voluntad del fundador, respecto de las fundaciones en favor de ciertas familias o parientes, y que, por tanto, en tales casos no intervendrá ni obstaculizará la acción de los Tribunales—iniciada a demanda de quien corresponda—la que llevará normalmente a declarar libres los bienes vinculados a tal funda-

do la concordancia con las leyes sobre beneficencia. Como en éstas, ha de entenderse que se excluyen a las fundaciones exclusivamente familiares.

(93) Art. 902 del C. c. de 1865; el art. 699 del C. c. de 1942 moderniza la disposición «haciéndola más conforme al espíritu de beneficencia, de solidaridad social» (*Relazione della Commissione Reale*, STOLFI, *Il nuovo Codice civile*, 1941 II, pág. 371). El citado art. 902 (aparte del influjo de la doctrina alemana) se ha utilizado como argumento en favor de la admisibilidad en Italia de fundaciones familiares o privadas, GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, 1897, VI, pág. 484; FERRARA, loc. cit. pág. 620; SIGNORELLI, *Opere pie*, N. D. It. 9 (1939) y allí citados. El art. 28 del C. c. de 1942 reconoce las fundaciones destinadas a beneficio exclusivo de una o varias familias determinadas. Mas debe advertirse que para que la fundación privada exista (tenga personalidad) se exigía la aprobación estatal (GIORGI, loc. cit.) y se requiere ahora en el nuevo Código «el reconocimiento concedido por decreto regio» (art. 12), o sea, se ha entregado al arbitrio administrativo el nacimiento de todas las fundaciones (del mismo modo y por semejante causa que en Alemania; comp. Nota 45).

(94) Art. 335; disposición que da base a la admisión de las fundaciones familiares, art. 87. La posibilidad y alcance de tal vinculación dependerá de las disposiciones cantonales sobre manos muertas. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf*, 1901, I, pág. 76; HEDEMANN, loc. cit., págs. 19, 58.

(95) Se ha creído que conforme a los Derechos inglés y norteamericano sería posible conseguir la finalidad perseguida con la fundación de familia mediante la figura del «trust», pero ello no es exacto, pues lo impide la regla sobre «perpetuities», que sólo exceptúa a los «trusts» de carácter benéfico: KEETON, *The Law of trusts*, 1939 págs. 107, 151; HANBURY, *Modern Equity*, 1946, págs. 185 y sig., 118, 212; BOGERT, *Handbook of the Law of trusts*, 1942, págs. 242, 248, 303.

ción y atribuirlos, como tales, a los sucesores del fundador, conforme a las leyes civiles.

6. *Las fundaciones de carácter exclusivamente familiar.*

Resulta de las leyes, con toda claridad, y así lo ha reconocido de modo explícito y constante la jurisprudencia, la ineficacia de las fundaciones mera o exclusivamente familiares (96). Surgen las dudas cuando se pregunta si las fundaciones, que siendo benéficas tienen algún aspecto o carácter familiar, pueden ser válidas, por quedar fuera de la categoría de las exclusivamente familiares; y estas dudas son tanto más graves cuanto que la doctrina jurisprudencial, al menos exteriormente, es fluctuante y hasta contradictoria. De aquí la conveniencia de fijar nítidamente la línea fronteriza entre las fundaciones meramente benéficas (válidas) y las fundaciones exclusivamente familiares (inválidas).

Ante todo, importa tener presente que, entre nosotros, se utiliza la denominación de fundación familiar en dos sentidos. Uno, más bien impropio, aplicado a la fundación cuando tiene un patronato de «carácter meramente familiar» (art. 4, 3.º, D. 9 julio 1869), es decir, compuesto exclusiva o preponderantemente por personas de determinadas familias. Este hecho no afecta al carácter benéfico de la fundación y, por tanto, tampoco a su validez (97), por lo que sería quizá preferible, para evitar confusiones, no llamarlas fundaciones familiares. En sentido propio, son familiares aquellas fundaciones en las que los beneficiarios (las personas a favor de quienes se destinan los frutos o rentas de los bienes) son personas de determinadas familias. Estas, por el contrario, serán generalmente ineficaces (98).

La frase «fundación *exclusivamente* familiar», usada en algún precepto legal (99), parece significar, por interpretación «a contrario», el reconocimiento de ciertas fundaciones familiares que por no serlo exclusivamente pueden conservar carácter benéfico y tener

(96) Se caracterizan las fundaciones meramente benéficas o piadosas en que los «bienes no se destinan a determinadas familias o personas», S. T. S. 7 febrero 1879; las fundaciones «esencialmente familiares» por «estar llamados a su disfrute exclusivamente los parientes más próximos del fundador», S. T. S. 26 abril 1889; «fundación establecida principalmente en favor y utilidad de la familia de la fundadora», S. T. S. 14 junio 1890; «fundaciones meramente piadosas, cuyos bienes no se destinan a determinadas personas o familias», S. 21 marzo 1895; S. T. S. 11 marzo 1897; 24 octubre 1899 (contrapone obra pía a fideicomiso familiar), 11 enero 1899, 15 junio 1920.

(97) S. T. S. 20 septiembre 1864, 7 mayo 1866, 15 junio 1920; S. T. S. (cont.). 20 abril 1908, R. O. 5 julio 1861. A diferencia de las capellanías colativas, art. 4, Ley 19 agosto 1841.

(98) S. T. S. 10 marzo 1858, 20 septiembre 1864, 7 febrero 1879, 26 abril 1889, 14 junio 1890, 21 marzo 1895, 11 marzo 1897, 11 enero 1899, 15 junio 1920.

(99) Art. 4. Instrucción de 14 marzo 1899; art. 2, Instrucción de 24 julio 1913.

por tanto validez. Según muestran los antecedentes al principio recordados, el supuesto considerado inmediatamente es el de las fundaciones benéficas de patronato (activo) familiar; las que siendo, por tal circunstancia, familiares, no vinculan, sin embargo, bienes en favor de determinadas familias y escapan así a la prohibición de las leyes desvinculadoras. La práctica judicial en su reacción—a veces aparentemente desmedida—frente a los excesos desvinculadores, ha ido salvando de la calificación de fundación familiar o exclusivamente familiar a las fundaciones que siendo «esencialmente» benéficas conceden preferencia o ventajas especiales, como beneficiarios, a personas de determinadas familias o linajes.

Mientras las fundaciones de patronato activo familiar no ofrecen dificultad para que se admita su validez y para su definición, en cambio, no es ya fácil señalar con exactitud cuándo puede calificarse o no de exclusivamente familiar una fundación, cuando sus reglas favorecen a ciertas personas por su cualidad familiar. Habrá que recurrir para resolver los casos dudosos a los principios básicos en la materia. Conforme a ellos, para saber si una fundación es «esencialmente» benéfica y no es «exclusivamente» familiar (notas positiva y negativa de validez) será preciso contrastar: 1.º Si tiene verdadero carácter benéfico. 2.º Si los favorecidos lo son a título principal de necesitados. 3.º Si la intención del fundador fué la de crear una fundación de interés público (100).

La fundación benéfica ha de tener por fin la «satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas» (101). Para que conserve el carácter de benéfica se requiere, no sólo este fin, sino la adecuación del medio al fin; que la ayuda o socorro sea de lo *necesario*, es decir, que el beneficio sea apropiado a la necesidad; por ello, habrá que negar eficacia a una fundación que conceda a los destinatarios (sean o no parientes o familiares) rentas que excedan de lo necesario y signifiquen socialmente la riqueza o el lujo (102).

Es necesario considerar también la condición de las personas beneficiadas. El destinatario ha de ser un *necesitado*, alguien que no tenga medios para satisfacer la necesidad que se trate de remediar. De aquí, que las leyes presupongan la pobreza del favore-

(100) Aproximadamente, los elementos de causa, persona e intención que consideraba la antigua doctrina para determinar la «causa pia»; MOSTAZO, *De causis piis. in generet in specie*, I, 1, 6, ed. 1700, I, pág. 2.

(101) Art. 2. R. D. 14 marzo 1899. En R. O. 20 abril 1871 se dice que beneficencia «indica la institución de la caridad en cuantas manifestaciones puede emplearse para socorrer a los desvalidos».

(102) Si es excesivo (se refiere a beneficiario consanguíneo pobre), si no es módico («supra modum») carecerá del carácter de benéfico (no hay «causa pia») CANCER, *Variarum Resolutionum*, 3, 20, 384, ed. 1689, III, pág. 331. Ejemplos de lo dicho: cuando las dotes para doncellas (de tal o cual linaje), pobres o huérfanas signifiquen la riqueza para las beneficiadas, se otorguen en favor de estudiantes o de pobres para vivir lujosamente, se conceda ayuda a los parientes que sirvan para asegurar el vivir en la riqueza, etc.

cido (103) y que haya de ser inválida la fundación destinada a favorecer a personas ricas (104). La falta de este requisito hace también ineficaz la fundación constituida en favor de personas designadas por cualquier cualidad que signifique prescindir, respecto de ellas, de la de su necesidad o pobreza. En especial, se considerarán nulas las fundaciones para «socorro y alivio» de los parientes del fundador y en las que se excluya terminante y permanentemente a los extraños (105).

La fundación hecha en favor de los pobres, pero en la que se otorgue preferencia a una determinada clase de personas (parientes, de determinado linaje, persona virtuosa, naturales de cierto lugar o país), será válida tanto si la primacía es para la entrega del socorro como si lo es para concederle un auxilio mayor (106); pues ello no se opone a su carácter benéfico, excepto si el aumento previsto hace que ya exceda de la condición de socorro o significa la exclusión total y permanente de extraños.

Otra fórmula usual en las antiguas fundaciones es la de conjugar las condiciones de pariente y de pobre. Entre los autores antiguos se discutió si en tal supuesto había de considerarse preponderante el carácter familiar (natural amor a los parientes) o el piadoso (piedad hacia el pobre). Hoy, conforme al Derecho vigente, lo que importa es averiguar si la fundación es de interés público y si con ella no se trata de burlar a las disposiciones desvinculadoras. La antigua doctrina (de cuando aún era legal la vinculación) se inclinaba lógicamente a la validez (107); la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que cambió con ocasión precisamente de una fundación de tal clase en 1855, para detener el movimiento destructor de las fundaciones todas (que se había apoyado en anteriores y contrarias decisiones del Tribunal), y pronta siempre a interpretar la voluntad de modo favorable a su eficacia, admitirá sin dificultad que tienen carácter benéfico (108). Esta dirección está justificada mientras se mantenga dentro de los dos límites; una fundación podrá ser benéfica aunque el círculo de

(103) El art. 788 C. c. hace repetida referencia a la condición de pobre. Por la condición de pobres de los beneficiarios se concede a todas las fundaciones el privilegio de litigar como pobres, art. 9, R. D. 14 marzo 1899, art. 16, R. D. 27 septiembre 1912.

(104) Lo que razona SÁNCHEZ diciendo que «deficit pietas in persona», *Disputationum de Sancto Matrimonii Sacramento*, I, 5, 9, ed. 1602, I pág. 16.

(105) S. T. S. 7 mayo 1850, 20 septiembre 1864, 5 julio 1875.

(106) S. T. S. 29 octubre 1858, 9 febrero 1889, 24 octubre 1899, respecto a la primacía en el socorro; S. T. S. 27 noviembre 1895, preferencia de recibir mayor limosna.

(107) MOSTAZO, loc. cit., I, 1, 20 sig., I, págs. 3 y 4; BOVADILLA, loc. cit. 5, 8, 6, II, pág. 798.

(108) S. T. S. 30 junio 1855, 15 junio 1920. También las citadas en las siguientes notas. Es de señalar que la antigüedad de las fundaciones (p. ej. la del Licenciado Vargas, estableciendo un colegio para su linaje, es de 1581. S. T. S. 30 junio 1855), cuyo benéfico efecto era conocido, inclinaba más a una enérgica repulsa de la codicia de los parientes que solicitan la desvinculación.

los primeramente beneficiados esté limitado por las reglas fundacionales (parientes, vecinos de un lugar, nacionales de un país); pero no merecerá tal calificativo si se propone conceder derechos o facultades, con carácter exclusivo, en favor de los miembros de determinadas familias, pues entonces la fundación sería de interés particular o privado, exclusivamente familiar, e inválida como cualquier otro fideicomiso familiar.

En varias sentencias del Tribunal Supremo se declara la validez de fundaciones para costear estudios a estudiantes, para dotar a doncella que contraiga matrimonio o se haga religiosa y que sean del linaje del fundador (109). De su texto podría inducirse que basta tal finalidad caritativa para que la fundación tenga carácter benéfico, lo que sin otra aclaración parecería contradecir la doctrina señalada, según la que se requiere la pobreza del destinatario. En verdad, esta contradicción no ha llegado a darse más que externamente, pues de modo latente o implícito se supone siempre la nota de pobreza; así, en algunas sentencias se descubre en que el beneficio se llama en la cláusula fundacional limosna o socorro (110), alimentos (111) o en que se dice que se destina a huérfanos (112) y, en general—aun sin decirlo—, porque se refieren a hijos de familia, como tales ordinariamente no heredados o desprovistos de bienes.

En los casos de fundación a favor de parientes, últimamente referidos, será necesario para su validez que sea intención o propósito del fundador el crear una verdadera fundación benéfica. No habría tal fundación si se trata de organizar un artilugio en provecho exclusivamente de una familia (113), vinculando bienes en favor de las sucesivas generaciones de parientes, de modo que al faltar los inmediatamente beneficiados (parientes pobres, doncellas a dotar, estudiantes pensionables) los bienes sigan adscritos a la familia, sea disfrutando sus miembros de las rentas, sea adjudicándoseles los bienes cuando se diese la condición de ser imposible cumplir el fin fundacional. Precisamente por este peligro de que por medio de esas figuras de fundación se defrauden las leyes desvinculadoras, se hace necesario comprobar cuidadosamente el propósito del fundador antes de poder afirmarse la validez de la fundación. Para que nazca la fundación se requiere especialmente que se haya querido hacer una obra benéfica permanente (114), que sirva principalmente al interés público—está

(109) S. T. S. 29 de octubre 1858, 17 septiembre 1862, 3 junio 1865, 13 enero 1866, 7 mayo 1866, 3 octubre 1876, 24 octubre 1899.

(110) S. T. S. 17 septiembre 1862, 3 octubre 1876.

(111) S. T. S. 13 enero 1866.

(112) S. T. S. 7 mayo 1866, 24 octubre 1899.

(113) Decía FROMMHOFF que el fin de la fundación familiar es «el fomento del bien de los pertenecientes a una familia», loc. cit., A. C. P. 117, pág. 131.

(114) S. T. S. 13 enero 1866.

sometida por ello a la vigilancia del Protectorado (115)—, que los bienes estén destinados a beneficiar, o puedan beneficiar, a un círculo amplio de personas (interés público o colectivo) y que—a falta de parientes o sobra de rentas—puedan ser aplicados a la realización de otros fines análogos en favor de extraños necesitados (116).

Por tanto, para que sean válidas las fundaciones instituidas en favor de parientes pobres, para dotar doncellas y socorrer a estudiantes de determinados linajes, será preciso que las cláusulas fundacionales puedan interpretarse («causae favorables») en el sentido de otorgar una simple preferencia a los parientes, que si bien pueden ser de hecho, inicial o continuadamente en su beneficio exclusivo, ha de ser sólo mientras que (y ello puede ser lo previsto por el fundador) por el número de los parientes o la cuantía de las rentas del patrimonio no haya excedente y no puedan aplicarse a otras personas necesitadas.

En fin; es de advertir que será también ineficaz toda fundación en la que por medios directos o indirectos se traten de vincular los bienes, o parte de sus rentas, en favor de los miembros de ciertas familias o linajes. En especial, esto puede intentarse atribuyendo una remuneración a los patronos familiares por su labor administrativa; la cláusula será nula en cuanto la designación sea indiscriminada (sin tener en cuenta la aptitud para la administración) y si excede del importe de una justa retribución del trabajo realizado (117).

(115) S. T. S. 3 octubre 1876; respecto al carácter principal. S. T. S. 14 junio 1890; S. T. S. (cont.) 15 marzo 1897.

(116) S. T. S. 11 enero 1899. No es válida la cláusula fundacional que disponga que los bienes pasen en este caso a los parientes del fundador, no lo permite el art. 39 C. c., pues ello está prohibido por las leyes desvinculadoras.

(117) También puede realizarse el fraude nombrando el patronato como administrador o empleado de la fundación con sueldo (a veces se agotan así todos los recursos de la fundación) a uno o varios de sus miembros; pero se trata de ejercicio doloso del oficio del patronato que habrá de ser vigilado y sancionado por el protectorado, art. 7, 5.ª 6.ª, art. 9, 4.ª, art. 14, 11.ª, art. 36. Instr. 14 marzo 1899; art. 5, 6.ª, art. 9, 3.ª, art. 16, Instr. 24 julio 1913.

