

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE FEBRERO DE 1948 SOBRE UNA CLAUSULA TESTAMENTARIA DE CARACTER BENEFICO

Antecedentes.—Doña Patrocinio Olóriz y Azparrén falleció bajo testamento otorgado ante notario con fecha 4 de julio de 1929, en el que establecía un legado para que se fundara una escuela de niñas en el lugar de Viscarret, a cargo de las Hermanas de la Caridad, destinando una casa y determinados bienes para su sostenimiento y dejando encargado del cuidado de dicha fundación, con las más amplias facultades, al señor cura párroco que lo fuere del lugar. En el mismo testamento se instituyó heredera a doña Margarita Más Olóriz. Fallecida la causante, se iniciaron las gestiones por el cura párroco de Viscarret para que tuviera realidad la voluntad de la testadora, recibíéndose una carta de la heredera en la que, amparándose en la renuncia por parte de la Congregación de Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl para hacerse cargo de dicha fundación, manifestaba no estar dispuesta a dar cumplimiento a la disposición testamentaria. A esto contestó el señor Obispo de la diócesis, insistiendo en la necesidad de llevar a cabo la voluntad de la testadora, al mismo tiempo que comunicaba que había sido aceptado el legado por las Hermanas de la Caridad de San Vicente de Paúl (rama del "Hábito Gris").

Ante la actitud de resistencia de la heredera, por el señor cura párroco de Viscarret se formuló demanda el 20 de febrero de 1943, ante el Juzgado de primera instancia de Aoiz, con súplica de que se obligara a doña Margarita Más a que cumpliera la disposición testamentaria. El juzgado dictó sentencia en 28 de junio de 1944, condenando a la demandada. Apelada esta sentencia ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, se dictó sentencia revocándose la recurrida.

El recurso de casación contra esta última sentencia lo fundó el actor en el siguiente

Motivo único.—Amparado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ya que el testamento, en su cláusula 5.ª, constituye documento auténtico del que resultan el error de hecho y la evidente equivocación que, al apreciar su contenido, ha padecido la Sala sentenciadora; porque lejos de existir en la cláusula de referencia un legado en favor de la Congregación de Hermanas de la Caridad de San Vicente de Paúl, o simplemente de las Hijas de la Caridad, lo que contiene es un legado en favor de la fundación que específicamente dejó dispuesta la causante.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, como ha establecido esta Sala en sus sentencias de 29 de diciembre de 1933 y 8 de julio de 1940, es procedente en casación revisar la interpretación que del testamento se hace en la sentencia objeto del recurso cuando, al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la ley Procesal, e invocando el 675 del Código civil, así como el acto de última voluntad, de cuya interpretación se trata, se acusa el error en que pueda haber incidido el Tribunal de instancia; y, sobre la base de esta doctrina, aparece en el caso presente como cuestión a resolver que, frente al criterio inspirador de la sentencia impugnada, según la cual la cláusula testamentaria objeto de controversia reviste la naturaleza de un legado *sub modo*, instituido en favor de la Congregación de Hijas de la Caridad, el motivo único del recurso sostiene que dicha cláusula establece una fundación, en cuanto ordena la creación de la escuela a que la testadora se refiere.

Segundo. Que en la declaración de voluntad contenida en la repetida cláusula—que es la 5.ª del testamento de doña Patrocinio Olóriz—aparece señalado por la testadora un fin a realizar—“para que se funde una escuela de niñas”, dice a la letra—, destinando determinados bienes (casa y terrenos, más una suma de dinero) al cumplimiento del indicado fin—“para el sostenimiento de la escuela”, expresa también literalmente—; y aunque la testadora dispone que la escuela de referencia habrá de estar a cargo de las “Hermanas de la Caridad”, a quienes autoriza para percibir los productos del capital, es al párroco del lugar y a los sacerdotes que le sucedan en su función a los que encomienda cuiden del cumplimiento del indicado fin docente, e igualmente es al párroco al que faculta para decidir si las religiosas encargadas de la enseñanza habrán de residir o no en la casa destinada a escuela.

Tercero. Que de lo expuesto aparece haber sido la voluntad de la causante instituir o crear una obra de destino de un patrimonio, vinculando éste al cumplimiento de un fin que la misma señala, apreciándose claramente la existencia de un acto fundacional, que aparece incorporado a otro de dotación, bajo la forma de disposición testamentaria, y que determina—de conformidad con la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1920—el nacimiento de una persona jurídica desde el día en que, por fallecer la testadora, adquirió plena eficacia su declaración de voluntad, consecuencia la indicada que se reafirma teniendo en cuenta el texto del Real decreto de 27 de septiembre de 1912, el cual, en su artículo 9.º, y al regular las fundaciones benéfico-docentes—categoría en la que debe entenderse incluida la obra de que se trata—, estatuye que tiene personalidad jurídica desde el momento de su constitución, añadiendo el artículo 10 del mismo Decreto que si la fundación se halla dotada con bienes inmuebles o derechos reales, es indispensable, para que se entienda constituida, la escritura pública, requisito también cumplido en el caso actual, siguiéndose de las anteriores consideraciones que los términos de la cláusula testamentaria no autorizan en manera alguna a entender que la disposición contenida en ella reviste el carácter de un legado *sub modo* en favor de la Congregación de Hijas de la Caridad, encargada de la tarea docente, como con error afirma la sentencia recurrida.

Cuarto. En consecuencia, que, integrada dicha Congregación por dos distintas ramas, es manifiesto—contra lo que también declara la sentencia—que el hecho de tomar a su cargo una u otra de las mismas aquella tarea tampoco puede significar el cambio o sustitución de un legatario por otro, ya que falta el supuesto de existencia del legado; y apareciendo de la certificación expedida por la Secretaría de Cámara y Gobierno del Obispado de Pamplona, a la que el recurrente se refiere, que “cada una de las ramas mencionadas tiene su visitadora propia y se gobierna con independencia de mandato”, y admitido como cierto por el Tribunal sentenciador que la rama vulgarmente denominada del “Hábito Gris” aceptó, representada por su visitadora general, la misión conferida en el testamento, después de haber declinado idéntico encargo la visitadora de las religiosas conocidas generalmente con el nombre de “Monjas del Velo”, no puede estimarse excluída aquélla en razón de la negativa formulada por la representación de éstas, pues vendría a atribuirse así, sin fundamento alguno, a la denominación genérica de “Hermanas de la Caridad” empleada en el testamento un sentido específico que no consta le hubiese sido atribuído por la testadora.

Quinto. Por último, que, aun llegando a aceptar tal criterio interpretativo, siempre resultaría contraria a Derecho la tesis de estimar inexistente la fundación por la sola circunstancia de no haber aceptado la rama de la Congregación designada en el testamento la tarea docente que se le encomendaba, porque frente a esta conclusión se alzan como obstáculo los artículos 797 y 798 del Código civil—acertadamente invocados en la sentencia del Juzgado de Aoiz—, ya que no apareciendo de los términos de redacción de la cláusula que se hubiese subordinado la existencia de la fundación al requisito de haber de encargarse de la enseñanza las religiosas llamadas vulgarmente “Monjas del Velo”, se seguiría de aquellos preceptos que, al no poder tener efecto la disposición exactamente en los términos dispuestos por la testadora, habría de cumplirse en los más análogos y conformes a la voluntad de la misma, cuales son, sin duda alguna, en el caso presente, los de confiar la labor a la otra rama de la misma Congregación de Hijas de la Caridad.

FALLO: Se declara haber lugar al recurso, casando y anulando la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Territorial de Pamplona.

(Ponencia del magistrado don Felipe Gil Casares.)

I

COMENTARIO CANONICO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE FEBRERO DE 1948

INTRODUCCIÓN

Doña Patrocinio Olóriz, por última voluntad otorgada en Pamplona, dejó una casa y terrenos que poseía en Viscarret "a las Hermanas de la Caridad" para que fundaran en dicho pueblo con este legado pío una escuela de niñas.

Habiendo en España dos Provincias cuasirreligiosas de Hijas de la Caridad (c. 674), con distinto hábito, la interpretación de la cláusula testamentaria ocasionó ligera tremolina. La heredera entendió el legado a favor de la Provincia de Hijas de la Caridad más antigua en España, más numerosa, más conocida, la que goza del patronato oficial del Estado. Pero esta Provincia rechazó la oferta, y entonces la heredera se creyó desobligada.

Otras personas interesadas, sabiendo que la otra Provincia de Hijas de la Caridad estaba dispuesta a aceptar el legado piadoso, acudió al Juzgado de primera instancia de Aoiz, que dictaminó había lugar a la ejecución de la cláusula testamentaria, entregando el legado a esta segunda Provincia de Hijas de la Caridad, lo cual negó en apelación la Audiencia Territorial de Pamplona. Mas el Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de febrero de 1948, anuló y "casó"—como dicen los civilistas—la sentencia de la Audiencia Territorial, dando la razón al Juzgado de primera instancia (1).

No tocamos en la sustancia de estas definiciones civiles. Lo que se nos pide es un comentario canónico a la sentencia del Tribunal Supremo; pues con ocasión de este pleito se han barajado en los tribunales y en los documentos algunas ideas que sería bien precisar y esclarecer.

(1) Cfr. "Jurisprudencia Civil", tomo IV (1948), vol. I (enero-marzo), págs. 305 ss.

I

Es cierto que en España hay dos Provincias cuasirreligiosas de Hijas de la Caridad, aunque los documentos, tanto eclesiásticos como civiles, según aparecen publicados en el pleito, no las distinguen con estos términos canónicos. En una Provincia, la más antigua, conocida y numerosa, se estila un hábito negro con toca de alas caídas, y en la otra, una toca de alas alzadas (corneta) con hábito azulado de tendencias a gris.

II

Un documento de la página 403, en el citado proceso (2), supone que estas dos Provincias son "... dos Congregaciones de Hijas de la Caridad..." En otros similares de las páginas 402, 406, se las denomina como "ramas distintas" de Hijas de la Caridad. Todo lo cual es inexacto. Las dos Provincias de Hijas de la Caridad que hay en España no son dos Congregaciones distintas ni dos distintas ramas. El Instituto o Compañía de las Hijas de la Caridad no está partido en Congregaciones ni en ramas, sino en Provincias cuasirreligiosas (c. 674). Y todas las Hijas de la Caridad, en España existentes, están agrupadas en dos Provincias distintas, que, como las Provincias del resto del mundo, son Provincias cuasirreligiosas del mismo Instituto, el cual no es una "Orden" (c. 488), ni "Congregación" (c. 488), ni una "religión" (c. 487), sino una sociedad única, sin votos, laical, de derecho pontificio y exenta ("societas sine votis", c. 673).

Y por eso, tampoco puede mantenerse la afirmación de un documento en la página 401, donde se las llama "distintas... incluso en la diversidad especificadora dentro de la Iglesia". Las dos Provincias de Hijas de la Caridad en España no tienen—ni pueden tener—"diversidad especificadora" ni en su esencia ni en su actividad, pues siendo personas morales de una misma sociedad tienen el mismo fin, idénticos medios, las mismas reglas, espíritu y ministerios, idéntico Superior supremo (el Superior general de los Padres Paúles, sucesor de San Vicente), si bien es cierto que, como Provincias distintas, tienen—y deben tener—distintos superiores inmediatos.

(2) Cfr. la cita de la nota (1).

III

Revisten igualmente un carácter despistado las afirmaciones, en las páginas 401, 402, 403 y 407, de algunos documentos que dicen ser designadas las Hijas de la Caridad de la Provincia más antigua, más numerosa, más conocida y popular, la de hábito negro y toca de alas caídas, con el nombre de "Congregación del Velo", "Monjas del Velo", "Hermanas del Velo", "Hijas de la Caridad del Velo". Estos nombres, anticanonicos y estrambóticos, no se los da nadie en España si no es algún documento curial. A esta Provincia la designan el pueblo y las autoridades con su nombre propio de "Hermanas de la Caridad", "Hijas de la Caridad", etc.

Y paralelamente, no se ajusta con la realidad la afirmación de estos documentos, creyendo que a la otra Provincia, la más moderna, menos numerosa y conocida, la del hábito azulado-gris y toca de alas alzadas, le cabe por título el nombre de "Hermanas del Hábito Gris". También, al designar el pueblo y las autoridades a estas Hermanas, las llaman sencillamente "Hermanas de la Caridad" o "Hijas de la Caridad".

IV

Lo dicho sugiere una consecuencia necesaria: que las diferencias de estas dos Provincias de Hijas de la Caridad son—y tienen que ser—meramente accidentales.

Aquí presentamos un catálogo de estas diferencias:

I. ANTIGÜEDAD Y DESARROLLO

La Provincia más antigua, conocida y popular, la del hábito negro y toca de alas caídas, se estableció en España el 26 de mayo de 1790. Está extendida en España, Cuba, Puerto Rico y Filipinas. Lo estuvo en Méjico. Por qué ahora no lo está, no es del caso exponer. En cambio, lo está en la diócesis misional de Cuttack (India), a cargo de los Padres Paúles españoles. Dejado aparte este último territorio, nótese que tendió a difundirse en el Imperio español. Actualmente, todas las Hijas de la Caridad de los citados países forman esta gran Provincia, que es la más numerosa del Instituto, pues tiene cerca de diez mil Hermanas, o sea cerca de una cuarta parte de todo el Instituto, que asciende a cuarenta y dos mil.

La Provincia del hábito gris y toca de alas alzadas se estableció en España el año 1856, sesenta y seis años después de la primera. Es pequeña, en comparación de aquélla. Sólo está extendida en España y hoy empieza en Méjico, y es menos conocida, especialmente del pueblo.

2. HÁBITO

El hábito que usa la Provincia más moderna, menos numerosa y menos conocida es el que usa el Instituto en todo el mundo: hábito azulado y toca de alas alzadas (corneta).

El hábito que usa la otra Provincia, la gran Provincia Española de Hijas de la Caridad, es negro con toca de alas caídas.

Ni uno ni otro, en su totalidad, es el hábito primitivo de las Hermanas. Estas, desde el tiempo de San Vicente hasta la Revolución francesa, vistieron todas, en todas las Provincias del Instituto, el mismo hábito: color gris pardo ceniciento y toca de alas caídas. Pero al tomar nuevamente en Francia el santo hábito, después de la Revolución francesa, se tocaron las Hijas de la Caridad con hábito negro y toca de alas caídas, y en tal forma siguieron vestidas hasta el año 1835. Esta primera mudanza es exactamente el hábito actual de la gran Provincia Española de Hijas de la Caridad. Su hábito peculiar, pues, no es una modificación por ellas introducida, sino el hábito que usó por muchos años todo el Instituto.

Luego, a partir de 1835, las Hijas de la Caridad, exceptuada la antigua Provincia Española, cambiaron de hábito por segunda vez. A instancias de la Madre general Sor María Boulet, el color negro fué sustituido por el azulado, o sea—y son palabras de la Madre—por uno “dont la couleur est noire avec une petite teinte de gris”. Y en los quince o veinte años siguientes fueron alargando desmesuradamente la toca y alzaron sus alas, hasta convertirla en la actual “corneta”. Esta segunda mudanza es el hábito actual de la otra Provincia de Hijas de la Caridad en España y el hábito actual de las demás Provincias del Instituto, exceptuada, como se acaba de decir, la antigua Provincia Española.

De modo que el hábito vigente de la antigua Provincia Española es el más parecido al primitivo por la forma de la toca, y el hábito de las demás Provincias del Instituto es el más parecido al primitivo por el

color del hábito. Pero ninguno de los dos, repetimos, en su totalidad, es el hábito primitivo del Instituto (3).

El hábito peculiar, actualmente vigente, de la gran Provincia Española está autorizado no sólo por una costumbre más que centenaria, sino también:

a) Por concesión expresa del Padre Superior general Nozo, carta del 21 de agosto de 1844.

b) Por concesión expresa de Pío IX, carta del 14 de septiembre de 1857, "Essendo stato", comunicada al Padre Superior general Etienne.

c) Por concesión expresa de la S. Congr. EE. et RR., 11 de diciembre de 1861, comunicada al mismo Padre General.

d) Por expresa declaración, en 1877, de la Congregación de Negocios Eclesiásticos Extraordinarios (4).

3. RÉGIMEN PECILIAR

El régimen de la Provincia más moderna y más pequeña es el régimen general de todas las Provincias del Instituto: el Superior general de los Padres Paúles, como único Superior general de las Hermanas, nombra para ellas un director delegado que *de suyo* no es superior o provincial de los PP. Paúles existentes en su Provincia. Tal es el régimen de derecho común entre las Hijas de la Caridad; régimen que data del generato del P. Etienne (1843-1874), quien modificó el antiguo régimen tradicional establecido por San Vicente de Paúl.

El régimen actual de la gran Provincia Española de Hijas de la Caridad es el régimen tradicional establecido por el Santo Fundador, que también fué el régimen de Polonia e Italia, verbigracia, durante los siglos XVII y XVIII: el Superior general de los PP. Paúles nombra director delegado de las Hijas de la Caridad al mismo Provincial de los Pa-

(3) La documentación de estas conclusiones, véase en *Memorias acerca de la cuestión de las Hijas de la Caridad en España*, págs. 6 ss. (Sección de documentos de las Hijas de la Caridad, Archivo de la Casa central de los PP. Paúles, García de Paredes, 49, Madrid.)

Nótese que, para salir de casa o acercarse a comulgar, las Hermanas de la antigua Provincia Española se echaron sobre la toca no un velo, sino una mantilla o manto, como en semejantes ocasiones lo hacen en España todas las mujeres piadosas, singularmente las del pueblo; condición con la que el mismo S. Vicente permitió que usaran velo las hermanas de Richelleu: "Vous ferez bien—escribía al P. Portail—d'y faire apporter de la modération, surtout au regard du voile qu'elles portent, sinon que cela soit usité parmi les femmes du commun." (*Memoria acerca de la cuestión...*, etc., págs. 6 ss. Archivo cit.).

Por lo demás, este velo o mantilla ya va cayendo en desuso.

(4) El original de la carta del P. Nozo se conserva en el Archivo citado en la nota (3). La carta de Pío IX y la declaración de la C. EE. et RR. pueden verse íntegras—originales italianos—en *Memoria acerca de la cuestión...*, etc., págs. 23, 24 ss.

Un resumen de la declaración de la C. de Negocios Eclesiásticos Extraordinarios, véase en *Memoria de la cuestión...*, etc., págs. 27 ss.

dres Paúles, de tal modo que uno mismo, a imitación del régimen generalicio, haya de ser el Superior de ambas Comunidades en la misma nación o Provincia. Parece el régimen más natural, dado el espíritu y relaciones de ambas sociedades; pero actualmente sólo existe, como un derecho particular, en la antigua Provincia Española de Hijas de la Caridad (5).

A esta forma peculiar de régimen junta la gran Provincia Española otras dos características, también referentes al régimen:

a) Siempre gozó de la exención en sentido estricto, a diferencia de las demás Provincias del Instituto, que sólo tuvieron la exención en sentido lato, hasta 1946, en que la Santa Sede extendió a todo el Instituto la exención antigua de las Hijas de la Caridad españolas (6).

b) Tiene otros privilegios accidentales a ella especialmente concedidos por la Santa Sede (7).

Esta forma peculiar de régimen, la antigua exención y los privilegios accidentales a ella otorgados constituyen para la numerosa Provincia Española de Hijas de la Caridad una posición de fuero, cuya expresión y signo externo ha sido su hábito particular.

4. SUPERIORES INMEDIATOS

El Superior mayor inmediato de la antigua Provincia Española de Hijas de la Caridad es, según su régimen particular, el Provincial de los Padres Paúles (Prov. Matritensis).

El Superior mayor inmediato de la otra Provincia, más reciente y menos numerosa, es un Padre paúl de la casa de Fernández de la Hoz, 21, Madrid, casa que pertenece a la Provincia francesa de Aquitania.

5. CARÁCTER ESPAÑOLISTA

La antigua Provincia Española de Hijas de la Caridad está extendida, según concesiones de la Santa Sede, con su carácter de fuero particular, en territorios del antiguo Imperio español: España, Cuba, Puerto Rico, Filipinas—antes lo estuvo en Méjico—y en la diócesis misional de Cuttack (India).

La otra Provincia sólo tiene fundaciones en España y hoy en Méjico.

(5) Cfr. el estudio crítico de estas dos formas de régimen en *Memoria acerca de la cuestión...*, etc., págs. 9 ss. (Sección de documentos de las Hijas de la Caridad, Archivo cit.)

(6) Cfr. nuestro estudio publicado en REV. ESPAÑ. DE DERECHO CAN., III (1948), págs. 1043-1095: *Exención de las Hijas de la Caridad de S. Vicente de Paúl.*

(7) Cfr. J. FERNÁNDEZ MARTINEZ, C. M., *Privilegios e indulgencias de las Hijas de la Caridad* (Madrid, 1945), págs. 31 ss.

6. CARÁCTER OFICIAL

Aparte de estar admitida en el antiguo Concordato, sobre la gran Provincia de Hijas de la Caridad españolas ejercieron nuestros reyes, y ahora ejerce el Jefe del Estado, un patronato oficial, según el cual les están confiados los establecimientos de beneficencia oficial del Estado, los hospitales militares y, en general, lo que significa obra caritativa de nuestro Estado católico.

Por eso, con fecha 20 de mayo de 1922, el Gobierno español estableció, para las Hermanas destinadas a prestar servicios en hospitales del ejército, estudios oficiales, con sus correspondientes exámenes y título de enfermeras; nuestros Reyes tomaron bajo su patrocinio el Seminario donde se forman las aspirantes, dándole el título de "Real Noviciado"; el Estado prestó siempre a esta Provincia su apoyo moral; la mira con cariño y celo.

La otra Provincia nunca ha tenido el patronato del Estado.

V

Expuestas estas seis principales diferencias, meramente accidentales, entre ambas Provincias de Hijas de la Caridad en España, fácilmente se comprende que convienen en todo lo demás, en lo sustancial: tienen un mismo Superior supremo, el Superior general de los PP. Paúles, con residencia en París, con el mismo voto de obediencia; tienen la misma Regla, dada por el Santo Fundador; el mismo derecho constitucional, formulario de preces, libro de costumbres, de privilegios apostólicos; el mismo espíritu, ministerios, fines, etc., constituyendo en derecho dos Provincias, numéricamente distintas, de un mismo Instituto.

C O N C L U S I Ó N

Este es el comentario jurídico, propio de una revista de Derecho, tal como se puede exigir de un estudioso: "cuántas Provincias de Hijas de la Caridad hay en España, en qué se diferencian y en qué convienen".

Lo demás: conveniencias o desventajas en tal estilo de regir, oportunidad concreta de las instituciones jurídicas, práctica completiva del derecho vigente, etc., etc., todo ello es muy ajeno al radio de acción de un comentarista.

JACINTO FERNANDEZ MARTINEZ, C. M.
Profesor del Seminario de San Pablo de los PP. Paúles. Cuenca

II

COMENTARIO CIVIL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE FEBRERO DE 1948

1. El punto controvertido en el recurso que resolvió la sentencia comentada, tal como lo concreta el primero de sus considerandos, estriba en que: a) Según la Audiencia, la cláusula testamentaria objeto de controversia reviste la naturaleza de un *legado "sub modo"*, instituido en favor de la Congregación de Hijas de la Caridad; mientras que: b) El motivo único del recurso sostiene que dicha cláusula establece una *fundación*, en cuanto ordena la creación de la escuela a que la testadora se refiere.

La cláusula quinta del testamento de doña Patrocinio Olóriz y Azparrén establecía: "Lega, para que se funde una escuela de niñas en el lugar de Viscarret, utilizando para ello la casa que la testadora posee en ese lugar, señalado con el número 2 de la calle de San Pedro, llamada Arozarena, y los dos terrenos contiguos a la misma casa, uno de ellos a la parte de atrás y otro por la parte de delante, cuya casa y terrenos constituyen una finca que se adjudicó a la testadora como procedente de la herencia de sus padres, debiendo estar la escuela a cargo de las Hermanas de la Caridad, las que recibirán la casa con sus terrenitos y todos los muebles, ropas y efectos que hubiere en ella al fallecimiento de la testadora, pertenecientes a la misma, así como los retratos de familia, que quiere se conserven en dicha casa..., y destina para el sostenimiento de la escuela la cantidad de 70.000 pesetas, cuya cantidad será colocada en la forma más segura y productiva posible por su heredera, de acuerdo y con intervención de los albaceas y ejecutores testamentarios, los que, juntamente con la heredera, estarán autorizados, con las facultades más amplias para realizar la fundación, quedando autorizadas dichas Hermanas de la Caridad para recibir y cobrar los intereses y productos del referido capital... Y es, así bien, voluntad de la testadora que el señor cura párroco que al fallecimiento de la misma lo sea del lugar de Viscarret, y los que en lo sucesivo lo fueren del mismo lugar, haciendo uso de los medios que juz-

gue procedentes, tenga cuidado de que la fundación lo sea a perpetuidad, pues para ello les da las más amplias facultades, no consintiendo los mismos señores curas párrocos, bajo ningún concepto, que dicha casa y terrenos se dediquen a otros objetos que a escuela de niñas y a la residencia en la casa de dichas Hermanas de la Caridad, en cuanto los mencionados párrocos conceptúen necesaria esta residencia”.

La Audiencia, según se ha dicho, califica esta cláusula de legado modal en favor de las Hijas de la Caridad, y basándose en el hecho de la renuncia al legado por parte de una de las ramas (la de las llamadas “Monjas del Velo”), de dicha Congregación, concluye que el legado carece de validez y la fundación debe estimarse inexistente, sin que obste a esta conclusión la circunstancia de haber aceptado la misión conferida en el testamento la rama denominada del “Hábito Gris” de la propia Congregación, por no ser lícita la sustitución de un legatario por otro.

Dejamos aparte, en nuestro comentario, el punto relativo a la personalidad canónica y civil de cada una de las dos referidas ramas de la Congregación de Hijas de la Caridad, y nos concretamos al extremo relacionado con la interpretación y naturaleza jurídica de la disposición testamentaria contenida en la cláusula arriba transcrita.

2. La tesis del “legado modal”, propugnada por la Audiencia Territorial de Pamplona, no podía admitirse con arreglo a las normas de interpretación de testamentos. Dos observaciones cabe hacer al respecto:

A) La voluntad del testador es la norma básica en materia de interpretación testamentaria. Así lo sanciona el Código civil en el artículo 675 —que sirvió de base al recurso— y lo proclama la jurisprudencia (por ejemplo, sentencias de 9 de octubre de 1943 y 6 de marzo de 1944); ha de prevalecer el sentido literal de la declaración, en cuanto se supone que las palabras, por lo general, exteriorizan y reflejan fielmente la voluntad, y ésta siempre se mantendrá, aun en el caso de que la interpretación gramatical no fuera coincidente con ella. En nuestro caso, tanto la intención del testador como su expresión en la cláusula discutida, eran suficientemente claras; allí se habla de “que se *funde* una escuela”, de “realizar la *fundación*”, de “que la *fundación* lo sea a perpetuidad”; y, además, concurren en la cláusula—como luego se verá—todos los elementos típicos suficientes del negocio jurídico fundacional.

B) Otro principio característico en la interpretación de los negocios jurídicos en general, y de los testamentos, en especial, es el denominado principio del “máximo significado útil” o de “conservación del negocio”.

OPPO (1) formula este principio, diciendo: "Todo acto jurídico de significado plurívoco, *en la duda*, debe ser entendido en su máximo significado útil." O lo que es igual, si el contenido de una disposición de última voluntad admite diversas interpretaciones, en la duda se dará preferencia a aquella que le permita producir efectos. Según observa DANZ, de esta manera se pone de relieve y se ratifica, especialmente para lo tocante a las disposiciones de última voluntad, la misión que le incumbe al Juez como auxiliar de las partes: hacer que, en lo posible, *prevalezcan* siempre los negocios jurídicos. En materia de disposiciones *mortis causa*, el Juez, al interpretar con toda libertad estas disposiciones insustituibles, se acomodará mejor a las intenciones del declarante, por lo regular, que dando por imposible la interpretación y declarando la disposición nula (2).

De haber tomado en consideración esta directriz interpretativa—cuyo antecedente se encuentra en el *favor testamenti* del Derecho romano—, la sentencia de la Audiencia hubiera podido seguir dos caminos, ambos conducentes a la eficacia de la cláusula testamentaria:

a) Aplicar el artículo 798, en relación con el 797, que autoriza al heredero o legatario gravado con "modo" para cumplir en términos análogos lo dispuesto por el testador, y considerar que, siendo el legatario no las Hijas de la Caridad, sino la fundación de la escuela de niñas, el que las Hijas de la Caridad de una clase determinada no quisieran hacerse cargo de la misma no impedía el cumplimiento del legado en los referidos términos analógicos por medio de otra rama de aquella Congregación. Esta solución fué la acogida por el Juzgado de Aoiz y la que propugnaba el recurrente. Pero aunque conduce a igual resultado que el mantenido, en definitiva, por el Tribunal Supremo, no la estimamos acertada técnicamente, puesto que, en puridad, el encargo que se confirió por la testadora a las Hijas de la Caridad no representaba un "modo" para la fundación legataria, sino que constituía uno de los elementos característicos—designación de órganos—del negocio jurídico fundacional.

b) Aun admitiendo la tesis—inexacta—del legado modal, considerar que no apareciendo de los términos de la cláusula que se hubiese subordinado la existencia de la fundación al requisito de haber de encargarse de la enseñanza las llamadas "Monjas del Velo", hacer aplicación de los propios artículos 797 y 798, y, al no tener efecto la disposición exactamente en los términos dispuestos por la testadora—a causa de la renuncia

(1) OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, pág. 21; también págs. 22 y ss. y 122 y ss.

(2) DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1931, págs. 336-337.

de aquéllas—, cumplirla en los más análogos y conformes a la voluntad de la misma, cuales eran los de confiar la labor a otra rama de la misma Congregación, solución que apunta—en hipótesis dialéctica y como última *ratio*—el Tribunal Supremo en el considerando final de la sentencia comentada.

3. Sin embargo, lo cierto es que no había por qué hablar de legado en este caso y sí sólo de fundación. La cláusula discutida, como se advirtió antes y vamos a exponer ahora, representaba sencillamente la creación *mortis causa* de una fundación; aparecen en ella todas las notas características del negocio fundacional. Por ello convendrá decir algo acerca de éste, porque, además, en alguna de las muchas teorías mantenidas sobre su naturaleza jurídica, puede estar la clave teórica del error padecido por la Audiencia.

La fundación se caracteriza por ser promovida por la voluntad unilateral del fundador; éste declara querer que surja cierta obra con carácter de autonomía, precisa su fin e individualidad y, normalmente, asigna el patrimonio necesario para su funcionamiento. Este acto llámase “negocio de fundación”.

El *contenido* esencial del acto de fundación radica—dice FERRARA—en la determinación del fin que imprime carácter y fisonomía propios a la obra que se quiere crear. Esta determinación de la finalidad perseguida—cualquiera que sea—es la que no debe faltar; en cambio, en el acto fundacional puede omitirse—sin mengua de su validez—lo referente al régimen de administración, modo de distribuirse las rentas, forma de disfrute por los destinatarios: estas y otras omisiones pueden suplirse por la autoridad administrativa (3).

Es nuestro caso es fácil advertir—y así lo hizo el Tribunal Supremo—que aparece claramente señalado por la testadora un *fin a realizar*: “para que se funde una escuela de niñas”. Esto era lo imprescindible para que el negocio jurídico fundacional tuviera eficacia; pero, además, la testadora dispuso otras prevenciones para el gobierno y régimen de la fundación, que

(3) FERRARA, *Le persone giuridiche*, vol. II, t. 2 del *Trattato di Dir. Civile*, de VASSALLI, Torino, 1938, pág. 181. Cfr. también, en general, sobre el tema, GANGI, *Personne fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1946, especialmente, págs. 223-225. WINSCHIED, *Diritto delle Pandette*, trad. it. de Fadda y Bensa, Torino, 1930, vol. I, §§ 57-62, pág. 170 y ss. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des D. B. R.*, I-2, § 41, pág. 592 y ss. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil (Parte General)*, trad. esp., Barcelona, 1934, I, pág. 520 y ss. COLIN y CAPPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., t. II, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1942, pág. 463 y ss., y *Adiciones de DE BUEN*, pág. 493 y ss. SAVATIER, *Cours de Droit civil*, t. I, 2.ª ed., París, 1947, pág. 286 y ss. CASTAN, *Derecho civil español común y foral*, 7.ª ed., t. I (Introducción y Parte General), Madrid, 1949, págs. 487-534.

si, ciertamente, no eran completas—faltaban, por ejemplo, los estatutos— bastaban para dar a conocer su voluntad en lo fundamental y podían ser completadas por la Administración pública. Porque, en efecto, también en nuestro Derecho existe la misma posibilidad, que, en relación con el italiano, señala FERRARA; y así, el artículo 7, regla 2.ª, de la Instrucción de 14 de marzo de 1899, atribuye al Ministerio de la Gobernación la facultad de suplir, por medio de acuerdos y nombramientos absolutamente necesarios para el orden regular de las instituciones, las evidentes omisiones de los fundadores; y la misma facultad tiene el Ministerio de Instrucción Pública (Educación Nacional) respecto a las fundaciones docentes—que es nuestro caso—, en virtud del artículo 5, regla 2.ª, de la Instrucción de 24 de julio de 1913.

4. El negocio jurídico fundacional, en punto a su *naturaleza*, constituye tema clásico de controversia.

A) En Francia, advierte FERRARA cómo la doctrina tradicional ignora, o, más bien, rechaza con todo calor la figura autónoma de la fundación. No se habla de la fundación—persona jurídica, sino exclusivamente de la fundación indirecta o fiduciaria, bajo forma de donación o legado a persona física o moral para la realización de un fin, y dado este punto de vista es fácil comprender que los autores definan el negocio desde el aspecto patrimonial, bien como una donación con carga perpetua, bien como un depósito de capital unido a un mandato de distribuir sus rentas, bien como una enajenación bajo condición resolutoria y, en ciertas especies de fundaciones, como un contrato oneroso, sin más.

La cuestión, sin embargo, es aludida de rechazo cuando se habla de la posibilidad de una fundación testamentaria, cuestión a la que generalmente se da una solución negativa; pero la discusión está situada sobre si puede instituirse heredero o legatario a un ente que todavía no ha nacido. Y es curioso recordar cómo la antigua tradición jurídica francesa era mucho más avanzada y liberal que la moderna, porque no sólo admitía la fundación autónoma, sino la fundación creada por testamento; DE LAPRADELLE recuerda el testamento de la condesa Mohaut para la fundación de un hospital y otro de Giraud Aymeric para otra institución, que tuvieron plena ejecución. FURGOLE escribía que son válidas las liberalidades hechas en favor de cualquier ente "*non encore établi ni dirigé pour servir a sa fondation ou creation*", porque se consideran hechas bajo la condición tácita "*qu'il soit fondé et autorisé*". Pero el Edicto de 1749 prohibió en Francia las fundaciones por testamento, interrumpiendo así la

tradición. Y aunque el Código civil francés guardó silencio sobre esta materia, sin embargo, la doctrina se creyó vinculada en cierto modo por el Edicto, ya inaplicable (4).

5. Sin embargo, los autores modernos buscan el camino para salir de esta situación. "Entre nosotros—reconoce PLANIOL—la fundación no es posible, a no ser que los bienes hayan sido donados o legados a una persona jurídica con una condición de afectación, impuesta por el disponente. Por el contrario, en la fundación directa es la misma masa de bienes la que constituye una persona moral" (5). Y el propio PLANIOL, tras exponer el obstáculo que encuentra la creación de la fundación testamentaria, explica el modo práctico de sortear la dificultad. "La dificultad—dice—no tiene *ningún motivo* serio ni en el orden lógico ni desde el punto de visto social o administrativo. Proviene únicamente de nuestros hábitos de lenguaje en materia de personalidad civil y de una tendencia a razonar a base de palabras. Se dice: el testador no puede hacer su liberalidad en favor del establecimiento que quiere fundar, porque ese establecimiento no existe aún como persona jurídica en el momento de su fallecimiento; nacerá más tarde, por lo que la disposición debe ser considerada como hecha a una persona aun no concebida. Por consiguiente, es imposible *crear* un nuevo establecimiento mediante ese procedimiento. Pero cuando se reflexiona—añade PLANIOL—se observa que el obstáculo que impide realizar de *manera directa* una fundación testamentaria no se origina en una prohibición de la ley, puesto que esa misma fundación podría quizá haber sido aprobada con solicitud y estimulada por la Administración, si el fundador hubiera querido o podido organizarla durante su vida.

El obstáculo proviene de que, desde el día de su fallecimiento, sus bienes se encuentran vacantes y sin dueño: no puede ser la dotación de un establecimiento que no existe, no son de nadie. Sin embargo, hay un medio muy sencillo, no para "eludir la ley", como equivocadamente se dice—puesto que la ley no prohíbe nada aquí—, sino para "sortear la dificultad": consiste en encargar a alguien que realice, *después de la muerte del testador*, lo que éste no pudo hacer en vida; y esta persona será, en cierto modo, el depositario de los bienes destinados a la fundación y los

(4) Cfr. FERRARA, op. cit., pág. 183.

(5) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, 4.ª ed., Paris, 1948, número 717, pág. 274.

poseerá a título de *legatario*, obligado a realizar ciertas cargas que le impuso el difunto" (6).

Es fácil y curioso comprobar el gran paralelismo existente entre esta posición de la doctrina francesa y la solución que la Audiencia de Pamplona dió al caso que comentamos. Tampoco la Audiencia percibía en la cláusula testamentaria litigiosa la creación de una persona jurídica fundacional, sino un mero legado con carga o *sub modo*. Pero si esta teoría puede tener cierta—aunque poca—justificación en Francia, en nuestra Patria es claramente inadmisibles.

Según notan PÉREZ y ALGUER, "el problema acerca de si es posible instituir heredero a una fundación aun no existente no es tal problema dentro del Derecho español, ya que el nacimiento de la fundación no está subordinado a acto alguno de aprobación, sino que aquélla surge desde el momento en que se hace eficaz la declaración de voluntad de constituir la fundación, y, por tanto, la constitución de tal persona jurídica y la institución de heredero (o legado) en favor de la misma aparecen simultáneamente en el mundo jurídico cuando al fallecer el testador se producen los efectos jurídicos de su última voluntad" (7).

En este sentido se había pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de abril de 1920 (citada en el considerando tercero de la que ahora se comenta). En el caso resuelto por la sentencia de 1920, se trataba de un testamento en que se ordenaba la fundación de un asilo con bienes determinados y se disponía la constitución de una Junta de Patronos con las personas que señalaba; fallecido el testador, se impugnó dicho testamento, entre otros motivos, por entenderse que no podía ser heredera una persona jurídica que no había nacido ni tenido existencia legal a la muerte de aquél, y, por ello, el testamento infringía los artículos 671 y 750. El Supremo declaró en aquella ocasión que la disposición testamentaria demostraba de manera inconcusa que se creó una institución benéfica, el asilo, que las leyes autorizan y amparan, y que desde el mismo día en que falleció el testador adquirió plena eficacia su voluntad, que *integra una personalidad jurídica, aun cuando todavía no se halle perfectamente organizada*, puesto que, anticipándose el dicho testador a esa dificultad, da facultades a los albaceas para realizar todo lo necesario a la fundación, constitución e instalación del repetido asilo (8). Y añadía la sentencia de 7 de

(6) PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. III, 6.ª ed., París, 1913, núms. 3343 y 3344, págs. 895-6. Cfr. igualmente, PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, op. cit., t. III, 3.ª ed., París, 1948, núm. 3715 y ss. y en especial, núms. 3733 a 3737.

(7) PÉREZ Y ALGUER, *Notas a ENNECCERUS, Parte General, I*, págs. 529-530.

(8) Obsérvese que en el caso de la sentencia comentada ocurría igual.

abril de 1920: La frase "reconocidas por la ley", empleada por el artículo 35 del Código civil, no envuelve ni significa que hasta después de hecho tal reconocimiento no adquiere una fundación existencia legal de persona jurídica, sino que, en recta y debida interpretación, ha de entenderse que *previene* que las fundaciones sean lícitas, admitidas, reconocidas y conformes con las leyes, y, por tanto, son personas jurídicas con arreglo al párrafo segundo desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, queden válidamente constituidas, y tienen, por tanto, conforme a los 38 y 746, legítima personalidad para adquirir, ya por testamento, ya por los demás medios legales (9).

7. B) En Alemania hubo un rico florecimiento de investigaciones, a veces sutiles, pero verdaderamente penetrantes, sobre la esencia del negocio de fundación. El punto de partida de estas teorías, dice FERRARA (10), se encuentra en la observación de que el negocio fundacional va dirigido, en primer término, a la creación de una institución, al nacimiento de un sujeto jurídico y—sólo en la relación de medio a fin—a la disposición patrimonial al servicio de una nueva personalidad. El acto de fundación se descompone, consiguientemente, en un acto encaminado a la producción del ente y en una disposición patrimonial. El procedimiento de fundación, observa KOHLER, presenta dos lados: "El fundador crea una personalidad de fundación y la atribuye un determinado patrimonio. El acto de fundación es así, al mismo tiempo, personal y real. Estos lados o aspectos están unidos por un estrecho vínculo que viene dado por el fin al cual sujeto y objeto sirven." Y STINTZING dice: "En el negocio de fundación deben distinguirse el acto de creación de la persona y la disposición patrimonial: ésta presupone a aquélla" (11).

Mas no hay conformidad acerca de la relación de conexión entre esos dos elementos, porque mientras algunos, como KARLOWA, consideran que forman un todo inescindible, las partes de un acto único, en cambio, la mayoría descubre aquí dos actos distintos, separables, que pueden existir en tiempos diversos e incluso faltar alguno. Se discute, en efecto, si la dotación patrimonial es conceptualmente esencial para el nacimiento de la fundación y la opinión más extendida responde negativamente. No es cier-

(9) Cfr. PEDREIRA CASTRO, *El Código civil a través de la jurisprudencia*, Madrid, s. a., t. I, páginas 147-148.

(10) Op. cit., págs. 183 y ss.

(11) KOHLER, *Ueber das Recht der Stiftungen* (Archiv. f. Bürg. Recht, III, 235). STINTZING, *Ueber das Stiftungsgeschäft* (Archiv. f. civ. Prax., 88, 404). FERRARA, op. cit., pág. 184.

to, según FERRARA (12), que una fundación sin patrimonio se precipitaría en el vacío y no lograría el reconocimiento, si se da por supuesta la seguridad de que el patrimonio afluirá después, incluso por suscripción pública. Existirá entonces un acto de fundación sin la correspondiente dotación patrimonial.

8. Partiendo de la diferencia entre esos dos elementos, o sea, el negocio fundacional en sentido estricto, y el negocio de dotación, en la doctrina alemana se encuentran diversas opiniones acerca de su respectiva naturaleza. GIERKE considera el negocio de fundación como un *acto social de creación*, un acto constitutivo de la personalidad colectiva, mientras, de otro lado, la dotación sería una oferta de donación a la *fundación nascitura*. KOHLER declara que la fundación, cualquiera que sea su forma, implica creación; es una declaración unilateral que lleva consigo el nacimiento de una institución, y la dotación es también acto unilateral, pero constituye un tipo propio de negocio. KARLOWA va aún más lejos, pues uniendo los dos elementos del acto de fundación, afirma que no se trata de un negocio privado, sino de un acto de autonomía, por el cual el individuo, como ente social, crea un sujeto de derecho (13).

Para ENNECERUS, el negocio fundacional es una declaración de voluntad que indica el fin de la fundación y que, por lo regular, asigna un patrimonio, permitiendo reconocer la voluntad del fundador de dar vida a la fundación como sujeto jurídico autónomo (14).

FERRARA critica la teoría de la creación, que, con variantes no esenciales, sustentan los tratadistas germanos señalados. A su juicio, esa teoría es exagerada, porque parte del falso supuesto de que la voluntad del fundador es ya la productora del *sujeto jurídico*. El fundador—según el civilista italiano—sólo prepara la base, el material, la obra tosca que se transformará en sujeto jurídico por efecto del reconocimiento; por ello, no se puede calificar el negocio fundacional como acto de creación perteneciente al derecho personal, porque la persona está aún por venir y puede incluso no llegar nunca si se niega el reconocimiento. En suma, para FERRARA, el negocio de fundación es un *negocio jurídico* y, por ello, se le aplican las reglas sobre capacidad, vicios de la voluntad, etc.; es un *acto unilateral* y, consiguientemente, es válido con independencia de su aceptación, no sólo cuando se efectúa por disposición de última voluntad, sino

(12) *Ibidem*.

(13) Cfr. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, pág. 652. KOHLER, *op. cit.*, págs. 320 y 239. KARLOWA, *Zur Lehre v. jur. Personen* (Grünhut's Zeits., VI, pág. 412). FERRARA, *op. cit.*, págs. 184-185.

(14) ENNECERUS, *op. cit.*, I-1, pág. 523.

también cuando se contiene en un contrato; por último, consiste en una declaración *no recepticia*, que es perfecta desde que se manifiesta en forma idónea y se mantiene firme aun en el caso de que el fundador muera o caiga en incapacidad (15).

La crítica de FERRARA a los teorías de la creación—crítica que, en parte, es válida para los Derechos alemán e italiano—no sirve para nuestro Derecho, en el que, como hemos dicho, no se exige el requisito previo del reconocimiento o aprobación estatal para el nacimiento de la personalidad jurídica de la fundación. En nuestra legislación, el reconocimiento estatal opera no como *conditio iuris* del nacimiento, sino como requisito legal para el *funcionamiento* o eficacia práctica de la fundación. Así lo observa la sentencia comentada cuando recuerda que, según el artículo 9.º del Real decreto de 27 de septiembre de 1912—regulador de las funciones benéfico-docentes, categoría en que debe incluirse la obra creada por la testadora—, dichas fundaciones “constituyen una personalidad jurídica..., desde el momento de su constitución”, añadiendo el artículo 10 que “se entenderán constituidas desde que *por cualquier modo* se acreditara su existencia”. Parece, pues, indudable, a nuestro juicio, que la “teoría de la creación”, especialmente en la versión de KOHLER, es de perfecta aplicación al Derecho español.

9. Respecto de la naturaleza del acto de dotación, se advierte que la sentencia comentada niega terminantemente que existiera en el caso litigioso un legado; lo que implica una particular visión del referido acto de dotación. De nuevo conviene recordar la posición de FERRARA, para quien la dotación pertenece a la categoría de los *negocios de destino o afectación*. Atisbos de esta teoría se encuentran en BRINZ, que recuerda las figuras afines del Derecho eclesiástico, la *dedicatio* y la *consecratio*; y en DEMELIUS, quien afirma que en Derecho moderno, además de la transmisión y el abandono, existe una tercera especie, que es la afectación de un patrimonio a un fin. Esta doctrina se desarrolla luego por BEKKER, el cual estudia los *Zwecksatzungen* o negocios en virtud de los que se somete un derecho o un conjunto de derechos a una norma de destino (*lex privata*), y de los que son ejemplo las fundaciones. Según FERRARA, la categoría del negocio de afectación o destino es la que mejor se adapta para definir la esencia de la dotación patrimonial que acompaña al acto de fundación; el fundador, con entera autonomía, no sólo ordena que un

(15) FERRARA, op. cit., págs. 185-186; en igual sentido, en cuanto al carácter no recepticio, ENNECERUS, l. c.

determinado fin se cumpla en el futuro, sino que a este fin *destina un patrimonio*, afectándolo a su realización.

Como se ve, en nuestro caso la Audiencia confundió el acto de dotación o elemento patrimonial de la fundación, con un *legado modal*.

Expuesta la naturaleza de los dos elementos del negocio fundacional, la conclusión es que la fundación testamentaria *no es una vocación* o llamamiento *de heredero o legatario* y, por ende, no se rige por los principios sucesorios, sino un *negocio jurídico autónomo de creación de una obra y de destino de un patrimonio*. Aunque tome la vestitura testamentaria, aunque se contenga en un testamento, no es institución de heredero ni legado. No es preciso atender a las expresiones del testador-fundador, sino al sentido y finalidad de su disposición. La cuestión no puede, pues, considerarse influenciada o prejuzgada por las reglas materiales válidas para las disposiciones de última voluntad, puesto que la fundación *mortis causa* es un *tertius genus*, no una especie de aquéllas. Y siendo así, sólo a los principios propios del negocio fundacional y de afectación habrá que acudir (16).

ANDRÉS DE LA OLIVA DE CASTRO

Profesor adjunto de Derecho civil de la Universidad
de Madrid

(16) FERRARA, op. cit., págs. 188.