

II. NOTAS

1. CONFLICTOS JURISDICCIONALES (*)

CUESTIONES DE COMPETENCIA: EL INEQUÍVOCO SENTIDO DE PERMANENCIA DE LAS FUNDACIONES

En la aguda síntesis de jurisprudencia civil que recopiló el profesor Díez PICAZO hay un caso referente a fundaciones que tal vez pudiera ser—lo digo como pura hipótesis, licencia más bien—el motivo que inspiró a la parte que puso en marcha la contienda que abocaría en la cuestión de competencia que voy a comentar, al mismo tiempo que inspirador, por rechazo, del fallo que adoptaría el Juez de Conflictos. Quería referirme a la sentencia—de la Sala Primera del Tribunal Supremo—*Rosario M. c. Fundación Escuela Baños*, de 23 de junio de 1964 (1). La mencionada fundación se había desarrollado con normalidad desde su erección—fue clasificada como fundación benéfico-docente de carácter particular por una Real Orden de 1918—hasta quedar afectada en 1936 por las circunstancias de la guerra. Se sustancia pleito civil cuando los herederos del fundador pretenden que, ante la imposibilidad en que la fundación se encontraba de cumplir sus fines, se dé cumplimiento a la condición resolutoria impuesta por el fundador en una de las cláusulas del testamento, se declare extinguida la fundación y se entreguen los bienes de la misma a dichos herederos. En su testamento, el donante, don Ricardo Baños, había dispuesto que «si por cualquier causa no pudiera constituirse la fundación o, una vez constituida, el Estado, por cualquier título o motivo pretendiera incautarse de los bienes de la misma, pasen éstos a ser propiedad de sus herederos y sucesores, quienes se incautarán desde luego de dichos bienes, pudiendo disponer de ellos sin restricción ni limitación alguna y sin tener en cuenta para nada el objeto a que se destinan o estuviesen destinados, sean cualesquiera las disposiciones legales que rijan o se dicten sobre la materia, que no prevalecerán en contra de lo dispuesto

(*) Se recoge en la presente *Crónica* el único supuesto de jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales aparecido en el «Boletín Oficial del Estado» entre el 1 de junio de 1977 y el 31 de diciembre de 1978.

(1) Díez PICAZO: *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, marginal núm. 29, pp. 113 y ss. No he consultado directamente la sentencia de modo que, tanto las alusiones como las citas literales, deben considerarse referidas al volumen señalado.

en esta cláusula». Por su parte, en los estatutos de la fundación se había dispuesto que «nunca podrá el Estado, bajo pretexto ni motivo alguno, incautarse de todo o parte de los bienes que constituyen el capital de la fundación, ni de sus rentas, ni agregar dichos bienes, ni la fundación, a otros establecimientos ni fundaciones, aunque sean de indole análoga, ni servir a otros fines que a los expresamente establecidos por el fundador» (art. 3.º).

Pues bien, con apoyo en estas cláusulas, que bien podían estar re-dactadas por cualesquiera de los don Juan Manuel MONTENEGRO que tan bien pintara don Ramón María DEL VALLE-INCLÁN, el Tribunal Supremo casa la línea denegatoria que habían mantenido las dos instancias para afirmar en su sentencia que procede declarar disuelta la fundación y entregar los bienes a los herederos y sucesores del testador.

Sin entrar a analizar a fondo la contienda, a simple vista resulta sumamente extrema la postura del Alto Tribunal. Parece reconducido el conflicto a un juego del todo o nada, del que perjudicados evidentes van a resultar los fines de la fundación y beneficiarios sumos, casi cincuenta años después de la puesta en marcha del establecimiento, los herederos del donante. Pues aunque pudiera haber habido negligencia en la gestión de la fundación a consecuencia de las circunstancias anormales impuestas por la guerra civil —destrucción del edificio de las escuelas y demás—, caminos debería haber para intentar salvar la fundación, así como salidas para defender los fines antes que esta tajante disolución que tanta desazón produce. Se evidencia, de un lado, la brusquedad, la falta de matices del procedimiento civil, al que no se hace evolucionar para proteger, como sería normal, intereses públicos, y de otro, la brusquedad de la casación con su rigor, que consecuencias tan perjudiciales puede ocasionar. No tendría por qué ser así, cabría una solución mucho más adecuada a la altura de los tiempos. De ahí que sorprenda —recuérdese, la sentencia es de 1964— esta falta de sensibilidad de la justicia civil para con lo que son intereses públicos a toda costa protegibles.

Hasta aquí el fallo, que, como digo, aunque sea pura imaginación (2), podría haber estado presente en la solución que se ha adoptado para la cuestión de competencia que quiero comentar, y que fue la resuelta por el Real Decreto 1678/1977, de 20 de mayo («BOE» de 11 de julio). También unos herederos del fundador (fundadora, en el supuesto) acuden ante el Tribunal civil para pedir que se declare la nulidad de una

(2) Como antes señalaba, el recordar este fallo es una pura licencia, ya que, en realidad, estamos sólo ante un jalón más —cierto que muy reciente, muy trasnochado ya, pues transcurrieron muchos años y las ideas y el entorno se modificaron, de muy discutible lógica jurídica, además, en su argumentación— de esa larga secuela que, también, sobre las fundaciones, tuvo el proceso desamortizador, que de forma tan certera estudió don Federico de CASTRO en su trabajo, tan sugestivo y tan válido todavía, *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*, «Anuario de Derecho civil», 1953, pp. 623 y ss., y que ofreció abundantes manifestaciones que recuerdan el fallo transcrito.

fundación y que se les entregue la totalidad del patrimonio de la misma. Aunque aquí, al menos eso es lo que parece deducirse de la escueta prosa del diario oficial, no habían transcurrido tantos años como en el caso anterior, sino apenas uno—un año y tres días, en concreto—desde la clasificación como de beneficencia particular de la fundación. En cambio, en el supuesto presente no debía haber una cláusula tan tajante a favor de los herederos del fundador, pues ya veremos que no fue alegado nada similar y aun se acudió, en ausencia de más convincentes argumentos, a un razonamiento jurídico bastante endeble (3). El caso es que, tramitado por los herederos en cuestión el correspondiente juicio declaratorio ordinario de mayor cuantía, la fundación va a conseguir que el gobernador civil requiera de inhibición al Juzgado, alegando la competencia administrativa para las actuaciones debatidas. Se llega así a la cuestión de competencia. Paso ahora a reproducir los hechos del supuesto, tal y como los describen los siete resultandos, no sin indicar ya desde ahora que la solución rechazaría la competencia del juez civil, afirmando la administrativa, con lo que la pretensión de disolución de la Sociedad por parte de los herederos quedaba, de momento, enervada:

«En el expediente y autos de la cuestión de competencia surgida entre el gobernador civil de Madrid y el juez de Primera Instancia número nueve (antes veinticuatro) de los de esta capital, con motivo del requerimiento de inhibición formulado por el expresado señor gobernador civil al mencionado señor juez, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía número 182.972, promovido por doña Sofia y don Alfredo Pla y Ruiz contra la Fundación benéfica particular "Barrio Obrero Nuestra Señora del Carmen", de Madrid; y

(3) Repárese en las argumentaciones que se ofrecen a lo largo del considerando noveno del conflicto, que en seguida se va a transcribir, frente a la utilización que del artículo 911 del Código civil pretendían los herederos.

Por cierto que, en momentos en que el tema regional goza de tan viva actualidad, se puede recordar la alusión a lo regional contenida en el artículo 39 del Código civil, bajo la forma del interesante concepto de «fines en interés de la región», yuxtapuesto o complementario al de fines en interés de la provincia o del municipio. En efecto, si las fundaciones—y asociaciones y corporaciones—dejasen de funcionar, por cualquiera de las variadas circunstancias posibles, y si no hubiera determinación testamentaria o legal del destino de los bienes de la fundación, entran las previsiones del precepto: «... Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas». Clara alusión a lo regional en este precepto, que contrasta por lo demás con lo que establece el propio Código a propósito de la sucesión intestada que deba corresponder al Estado—art. 956—, quien deberá destinar un tercio a instituciones *municipales* del domicilio del difunto y otro tercio a instituciones *provinciales*. Lo regional no aparece aquí en cambio.

Resultando:

Uno. Que con fecha nueve de marzo de mil novecientos setenta y dos doña Sofía y don Alfredo Pla Ruiz, herederos de doña Faustina Peñalver Fauste, representados por el procurador de los Tribunales don Manuel Muniesa Marín, formularon demanda en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra la Fundación "Barrio Obrero Nuestra Señora del Carmen". Esta Fundación había sido erigida por doña Faustina Peñalver y clasificada como de beneficencia particular en virtud de la Real Orden del Ministerio de la Gobernación de seis de marzo de mil novecientos setenta y uno.

Dos. Que en el suplico de la demanda se solicita, textualmente, al Juzgado que dicte, en su día, sentencia por la que se declare:

Primero.—El incumplimiento por parte de los responsables de la Fundación "Barrio Obrero Nuestra Señora del Carmen" de la voluntad fundacional de doña Faustina Peñalver Fauste.

Segundo.—El incumplimiento de los fines concretos de la Fundación.

Tercero.—Consecuentemente, la nulidad de la Fundación "Barrio Obrero Nuestra Señora del Carmen".

Cuarto.—Como consecuencia de tales pronunciamientos declarativos, se acuerde la entrega de la totalidad del patrimonio de la Fundación a los legítimos herederos de doña Faustina Peñalver y Fauste, representados en esta demanda por doña Sofía y don Alberto Pla y Ruiz para que dichos herederos lleven a cabo la voluntad de la causante y construyan el "Barrio Obrero Nuestra Señora del Carmen", en los términos aprobados por el proyecto a que se ha hecho mención en esta demanda, aprobado por el Ministerio de Trabajo y Previsión.

Tres. Que por la representación de la Fundación demandada se interpuso excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción por estimar que el conocimiento de estas cuestiones incumbía a las pertinentes autoridades administrativas del ramo de beneficencia. Tanto el Juzgado de Primera Instancia, al resolver el incidente de excepción dilatoria, auto de veintidós de enero de mil novecientos setenta y tres, como la Audiencia Territorial de Madrid, conociendo la competencia de la Jurisdicción ordinaria en orden a los temas debatidos.

Cuatro. Que el gobernador civil de Madrid, previa petición formulada por el presidente de la Fundación

demandada dirige escrito el diecinueve de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, escrito reproducido por otro de tres de abril de mil novecientos setenta y cinco, más ajustado a los términos del artículo diecinueve de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, requiriendo de inhibición al Juzgado de Primera Instancia número nueve (antes veinticuatro) de los de Madrid, en el juicio declarativo ordinario incoado contra la Fundación "Barrio Obrero Nuestra Señora del Carmen". Se acompañaba el escrito del informe del abogado del Estado favorable al requerimiento inhibitorio.

Cinco. Que el Juzgado, recibido el requerimiento de inhibición, acordó la suspensión del procedimiento y comunicó el asunto al fiscal, quien, por escrito de veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, se pronunció en el sentido de que el Juzgado debía mantener su competencia y no acceder al requerimiento. En el mismo sentido se manifiestan los demandantes, en tanto que la representación de la Fundación sostiene la procedencia de la inhibición.

Seis. Que el Juzgado requerido dictó auto, el seis de marzo de mil novecientos setenta y cinco, por el que no accedía al requerimiento, manteniendo, por consiguiente, su competencia para seguir conociendo en el procedimiento de mayor cuantía, referido en estos antecedentes. Recurrido en apelación el mencionado auto, la Audiencia Territorial desestima el recurso en virtud de Resolución de veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y cinco.

Siete. Que formada la cuestión de competencia, ambas autoridades contendientes remitieron sus respectivas actuaciones a la Presidencia del Gobierno para que fuese resuelta por los trámites correspondientes.»

El fallo, decidiendo la competencia a favor del gobernador civil, de conformidad con lo consultado por el Consejo de Estado, se apoyaría en los razonamientos siguientes que van desgranando los nueve considerandos:

«Primero. — Que habiéndose suscitado en el informe emitido por el Ministerio Fiscal, en relación al primer escrito, requiriendo de inhibición, fechado el diecinueve de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, la posible existencia de un defecto formal esencial por infracción del artículo diecinueve de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, en cuanto establece que se manifieste indispensablemente, en párrafos numerados, las cuestio-

nes de hecho y las razones de derecho, citando literalmente los textos íntegros de los artículos y preceptos legales que sean de aplicable uso al caso y aquellos en que se apoye para reclamar el conocimiento del negocio, es necesario resolver prioritariamente esta cuestión; y teniendo en cuenta que el Decreto de seis de febrero de mil novecientos setenta y seis ha sentado la doctrina de que un resultado tan radical como la nulidad debe reservarse para los casos en que el incumplimiento de algún requisito formal suponga un planteamiento genérico, ambiguo, equívoco o confuso de la cuestión de competencia; siendo así que en el presente caso no se aprecia que la omisión estricta de requerir en el citado escrito de dieciocho de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, suponga un planteamiento ambiguo, confuso o equívoco de la cuestión, cuando, además, el escrito de veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta y cinco está más ajustado a los términos literales del tan repetido artículo diecinueve, de modo que al dar respuesta al propio Juzgado, el seis de marzo de mil novecientos setenta y cinco, en sentido contrario a la inhibición solicitada, no aludió el mismo a posibles defectos formales, resultando patente que no cabe apreciar defecto de forma que impida pronunciarse sobre la contienda suscitada.

Segundo.—Que, sentado lo anterior, procede entrar en el conocimiento de la cuestión planteada, que no es otra sino determinar quién tiene atribuciones para dictar una resolución, de acuerdo con los respectivos pedimentos de una y otra parte, a la luz del artículo noveno de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, según el cual las autoridades requirentes únicamente suscitarán cuestiones de competencia para reclamar el conocimiento de los negocios en que, por virtud de disposición expresa, les corresponda entender.

Tercero.—Que el primer aspecto de la cuestión estriba en analizar el proceso constitutivo de la persona jurídica privada tipo fundación y la ulterior incidencia que conlleva la actividad administrativa de clasificación y la conceptualización de la fundación como entidad benéfica. Ciertamente, la fundación no es otra cosa que un patrimonio afecto a determinados fines en virtud de un acto unilateral de disposición por el que se establece una íntima vinculación de aquél a éstos. La adquisición de personalidad jurídica se produce con arreglo al artículo treinta y cinco de nuestro Código Civil, desde el

momento en que, con arreglo a Derecho, hubiese quedado válidamente constituida. La Fundación, en cuanto entidad con personalidad jurídica propia y con los atributos que la personalidad lleva consigo, queda válidamente constituida, nace a la vida jurídica, a virtud del negocio fundacional, sin que sea necesaria intervención alguna de la Administración o acto administrativo de reconocimiento de aquella personalidad y, en esta línea, se pueden traer a colación las sentencias de nuestro Tribunal Supremo de siete de abril de mil novecientos veinte y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, citadas en el expediente. En consecuencia, pues, la actividad estatal ni es atributiva de personalidad, ni, obviamente, priva a la entidad de su carácter de persona jurídica privada, sin perjuicio de lo que para las fundaciones culturales privadas establece el artículo quinto del Decreto dos mil novecientos treinta/mil novecientos setenta y dos, de veintiuno de julio, siendo tan indiscutible como lo anterior el hecho de que la Fundación debatida en el expediente entra en la conceptualización de entidad benéfica y es clasificada como tal por la autoridad administrativa correspondiente, con lo que la repercusión de la legislación especial sobre la materia es evidente. A tenor del artículo primero de la Ley de Beneficencia, los establecimientos de beneficencia son públicos. Se exceptúan únicamente y se considerarán como particulares si cumpliesen con el objeto de su fundación los que se costeen exclusivamente con fondos propios, donados o legados por particulares, cuya dirección y administración esté confiada a Corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto a patronos designados por el fundador. El artículo segundo del Real Decreto de catorce de marzo de mil ochocientos noventa y nueve dispone: "Son instituciones de Beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas ... y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comunmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías." El artículo cuarto de la misma norma establece: "La Beneficencia particular comprende todas las instituciones benéficas creadas y dotadas con bienes particulares y cuyo patronazgo y administración fueron reglamentados por los respectivos fundadores, o en nombre de éstos, y confiados en igual forma a Corporaciones, autoridades o personas deter-

minadas." A tenor del artículo quinto de la misma disposición, "las instituciones particulares no perderán este carácter por recibir alguna subvención del Estado, de la provincia o del municipio, siempre que aquélla fuere voluntaria y no indispensable para la subsistencia de las fundaciones".

Cuarto.—Que de todo ello se desprende que la Fundación a que el expediente se refiere ha de ser clasificada como de beneficencia particular, sometida al protectorado del Ministerio de la Gobernación y regida por la Ley de veintiuno de junio de mil ochocientos cuarenta y nueve, Real Decreto de catorce de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, e Instrucción de la misma fecha, pues resulta ello no solamente de los términos de la Real Orden clasificadora, sino de las disposiciones de la Real Orden de veintinueve de agosto de mil novecientos trece y Reales Decretos de diecisiete de diciembre de mil novecientos veintiséis y catorce y diecisiete de octubre de mil novecientos veintisiete, citados en el informe de la Abogacía del Estado y delimitadores de las autoridades a quienes el protectorado incumbe en función del carácter particular, mixto o docente de la Fundación.

Quinto.—Que, sentado lo anterior, procede el estudio de los pedimentos de los demandantes en relación con las respectivas facultades de las autoridades administrativa y judicial, ya que se solicita en el suplico de la demanda, y el Juzgado mantiene su competencia para pronunciarse sobre ello, la declaración del incumplimiento de la voluntad fundacional, del incumplimiento de los fines concretos de la Fundación, la nulidad de la Fundación y la entrega del patrimonio de la misma a los herederos de la fundadora, hoy demandante, para que lleven a cumplido término la voluntad de aquélla.

Sexto.—Que las dos primeras peticiones pueden ser reducidas, a efectos de enjuiciamiento, a una sola, toda vez que el cumplimiento de la voluntad fundacional conlleva el de los fines concretos y, correlativamente, el incumplimiento de estos últimos traería consigo el de aquélla, debe tenerse presente que se ha calificado la voluntad del fundador como la Ley a que ha de ajustarse el régimen de las instituciones pertenecientes a la Beneficencia particular, y en este sentido son expresivas las sentencias de nuestro Tribunal Supremo de treinta de enero y veinticinco de noviembre de mil novecientos siete, veinte de mayo de mil novecientos diez, diez de octubre

de mil novecientos once, veinte de diciembre de mil novecientos veinte y, más recientemente, dieciséis de diciembre y diecinueve del mismo mes de mil novecientos setenta y dos, y, precisamente, en atención a la prevalencia de esta voluntad, la legislación especial del ramo contiene particulares declaraciones e impone determinadas medidas; así, el artículo primero de la Instrucción para el ejercicio del protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular de catorce de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, establece que el protectorado de las instituciones de Beneficencia comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas, y el artículo sexto del Real Decreto de mil ochocientos noventa y nueve preceptúa que en las fundaciones benéficas particulares se respetará siempre la voluntad de sus fundadores y sus patronos, cualquiera que sea el origen legal de su cargo, serán protegidos en el ejercicio de sus derechos.

En todos los documentos incorporados al expediente, comprensivos de las alegaciones de una y otra autoridad contendientes, se admite, y no podría ser de otra manera, las facultades tuitivas, de control y vigilancia que a la Administración competen respecto de la Beneficencia particular, sea ésta de carácter general, mixto o docente. Pues bien, de entre estas facultades interesan aquellas que aluden, directa e inmediatamente, a los pedimentos que de la autoridad judicial solicitan los demandantes; incumbe a la Administración velar por el cumplimiento de la voluntad fundacional y, por lo mismo, comprobar la certeza del eventual incumplimiento y adoptar las medidas que sean necesarias para corregirlo, instrumentando la legislación especial los cauces adecuados, para lograrlo a través de los expedientes de investigación y de las facultades que a la autoridad administrativa incumben, respecto de los patronos en orden a velar por el adecuado cumplimiento de sus deberes.

Séptimo.—Que procede entrar a continuación en el estudio de la tercera pretensión que de la Jurisdicción ordinaria reclaman los demandantes: en sus términos literales, que se declare... "consecuentemente la nulidad de la Fundación 'Barrio Obrero Nuestra Señora del Carmen'". Interesa recalcar el término "consecuentemente", expresivo del vínculo causal entre esta petición y las anteriores. En definitiva, se solicita, empleando la termi-

nología de la demanda, la nulidad de la Fundación como consecuencia del incumplimiento de la voluntad fundacional y de los fines concretos de la Fundación. La redacción utilizada envuelve un equívoco conceptual que es necesario desentrañar con carácter previo al análisis de este aspecto de la cuestión de competencia. En términos generales, el vocablo unidad (4) es expresivo de la existencia de vicios o defectos en el acto o contrato de que se trate, que fundamentarían, como categoría específica de la invalidez, la desaparición de aquél del mundo jurídico, a virtud del ejercicio de la acción judicial correspondiente. Si el acto es nulo, y así se declara, resultaría ineficaz, sin que sea necesario entrar en la polémica de los grados de invalidez en función de los defectos que pudieran imputárseles. Aplicando estas ideas al presente supuesto, aparece una clara discordancia entre la nulidad pretendida y los motivos que se aducen para fundarla. La nulidad de la Fundación o, mejor del acto fundacional, empleando aquel término en su estricto sentido, puede, efectivamente, fundamentar la competencia de la Jurisdicción ordinaria cuando a dicho acto fundacional acompañan vicios determinados de su invalidez. Sin embargo, en el expediente de esta cuestión de competencia no se solicita la nulidad de la Fundación, no obstante emplearse este vocablo, toda vez que se pretende apoyar en el incumplimiento por los patronos de la voluntad fundacional, circunstancia sobrevenida que en nada puede afectar a la validez de la Fundación: se pide, en definitiva, la extinción, la desaparición de la Fundación, basada en aquel incumplimiento y, en este sentido, no es admisible la competencia de la Jurisdicción ordinaria, por las razones que a continuación van a ser expuestas.

Octavo.—Que las causas de extinción de las Fundaciones no aparecen reguladas en nuestro Derecho con excesiva precisión. Las causas respecto de la extinción de las personas jurídicas que establece el artículo treinta y nueve del Código Civil (expiración del plazo, realización del fin para el que se constituyeron o imposibilidad de aplicar al fin los medios de que disponían), han de ser moduladas y completadas con la legislación especial sobre la materia. A falta de previsión específica por parte del fundador, las causas legales de extinción se redu-

(4) Del contexto se deduce, sin lugar a dudas, que hay aquí una errata —no sé si de la imprenta o anterior—, de modo que donde se dice «unidad», hay que entender «nulidad».

cirían a dos: la realización total del fin fundacional, que no es el caso, y la imposibilidad sobrevenida de dicha realización. No se va a estudiar la procedencia o improcedencia de decretar la extinción y los límites de esta resolución —tégase en cuenta que las Fundaciones, por respeto a la voluntad del fundador, tienen un inequívoco sentido de la permanencia—, sino cuál es la autoridad competente para hacer las oportunas declaraciones o tomar las medidas correspondientes. Con arreglo al artículo quince de la Ley General de Beneficencia, se reserva al Gobierno la facultad de crear o suprimir establecimientos, agregar o segregar sus rentas en todo o en parte, previa consulta del Consejo Real, después de deliberar las Juntas y Diputaciones Provinciales respecto de los establecimientos provinciales y las Juntas Municipales y Ayuntamientos respecto de los municipales. También podrá el Gobierno usar de iguales facultades respecto de los establecimientos particulares, cuyo objeto haya caducado o no pueda llegarse cumplidamente por la disminución de sus rentas. Incumbe al protectorado, asimismo, crear, agregar y segregar fundaciones y modificarlas en armonía con las nuevas conveniencias sociales (artículo séptimo de la Instrucción de catorce de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, respecto de la Beneficencia particular en general). En materia de fundaciones culturales privadas, el Decreto de veintiuno de julio de mil novecientos setenta y dos es suficientemente expresivo de las competencias que al protectorado incumben en este tema y, por ende, instrumento útil para una interpretación de las normas que dé sentido coherente a las soluciones. Los artículos cincuenta y cuatro y siguientes regulan el expediente de extinción en el que "el protectorado adoptará el acuerdo precedente..." (artículo cincuenta y cinco, dos). La preocupación del legislador por la permanencia de las fundaciones se manifiesta en el artículo cincuenta y cuatro, a cuyo tenor: «La extinción de la Fundación procederá cuando así lo prevean sus Estatutos o su Carta Fundacional y en los supuestos contemplados en el artículo treinta y nueve del Código Civil, siempre que, de acuerdo con dicho precepto, no den causa a un expediente de modificación", y esta última procede cuando resulte conveniente para los intereses fundacionales y no la haya prohibido el fundador. En definitiva, pues, en caso de imposibilidad de incumplimiento del fin fundacional, puede el protectorado declarar extinguida la Fundación (artículo quince de la Ley de Beneficencia). En caso de posible cumpli-

miento, nuestro ordenamiento postula la permanencia, y si la no conclusión de los objetivos se debe a la negligencia de los patronos, tiene la Administración facultades correctivas respecto de ellos, pudiendo incluso acordar su destitución, como más arriba se examinó. Todo ello, se insiste, dentro del ámbito de competencia que al protectorado incumbe.

Noveno.—Que respecto de la última de las peticiones comprendidas en el suplico de la demanda, entrega a los herederos de los bienes de la Fundación, para que sean éstos quienes lleven a cumplido término la voluntad fundacional, se ha de tener en cuenta el artículo dieciséis de la Ley de mil ochocientos cuarenta y nueve. Una explícita declaración de competencia al efecto viene consagrada en el artículo séptimo, número tres, de la Instrucción de mil ochocientos noventa y nueve, al afirmar que corresponde al ministro de la Gobernación "aplicar los fondos sobrantes o de objeto caducado en las fundaciones particulares a otro servicio inexcusablemente benéfico y de carácter particular". Si bien es cierto que, con arreglo al artículo novecientos once del Código Civil, faltando los albaceas corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador, uno de los argumentos empleados por la autoridad judicial para sostener su competencia no puede estimarse aplicable este precepto al caso presente. En primer lugar, porque al haberse plasmado la voluntad del causante en una institución benéfica, surge esta última con vida propia, asumiendo la Administración de particulares e importantes facultades de control y vigilancia, como hasta aquí se ha estudiado, no pudiendo ser aquéllas suplantadas por los herederos, ni la autoridad judicial hacer declaraciones en este tema genuinamente reservado a la Administración, por virtud de la legislación específica en la materia. De otra parte, los albaceas fueron designados patronos entrando en juego, respecto de los mismos, las facultades administrativas a que tantas veces se ha hecho mérito, y que impiden, una vez más, la aplicación del artículo novecientos once del Código Civil.»

En mi opinión, estamos ante un fallo no sólo muy interesante, por el nudo de problemas que aborda, sino también muy acertado, por haber sabido poner argumentos jurídicos suficientes en defensa de la justicia material. Un fallo, además muy elaborado, quizá en demasía académico, que ha incorporado a su prosa, apiñadas en densa literatura, las opiniones dogmáticas más contrastadas en torno a la figura de la fundación. Destacaré a continuación, con esa sensación

de inseguridad que da el tener que seleccionar (5), alguno de los aspectos que me han parecido más relevantes.

1. Destacan los autores (6), insistentemente, la importancia del fin en la fundación, así como la fuerza de la voluntad del donante, auténtica ley de la fundación (7); por supuesto, debo añadir, siempre que case con las previsiones del ordenamiento jurídico (8). Pero junto a ello hay algo sobre lo que no se insiste tanto, de obvio que parece, y que tiene que ser resaltado sin falta: si es tan relevante el fin de la fundación, consecuencia de la voluntad del fundador, lo es sobre todo desde la perspectiva de que la fundación se mantenga, condición sine qua non para que aquel fin y aquella voluntad lleguen a realizarse. La fundación surge para durar, y durando, realizar el fin previsto. Porque es obvio que si la fundación se disuelve, ya no va a poder realizarse el fin previsto. Esto implica que, en caso de irregularidades y desórdenes, lo adecuado parece tratar de corregir tales irregularidades y desórdenes, pero desde la fundación. Si el remedio que se busca es la disolución de la fundación, habrá fracasado la pervivencia de la voluntad del fundador y se habrá infringido, por así decir, una sanción a los fines perseguidos: éstos ya nunca lograrán ser alcanzados. Con la paradoja, además, posible—como se vio—de que el castigo que se irroga a la fundación condenándola a muerte, signifique un premio, quizá insólito, a los, tal vez alejados, herederos del donante. En esta línea me parece muy destacable el fallo comentado, en cuanto sienta sólida doctrina para robustecer el principio que se podría denominar de *favor fundationis*: hay que hacer lo posible por defender la fundación para que así pueda alcanzar sus fines y realizar de este modo la voluntad del fundador. Así, el considerando octavo expresa con reiteración la idea, con fórmulas afortunadas: «téngase en cuenta—dice—que las fundaciones, por respeto a la voluntad del fundador, tienen un inequívoco sentido de permanencia»;

(5) Como no me voy a ocupar de ellos, quiero destacar lo que representan, el considerando tercero para la dogmática de la fundación como figura jurídica, o el octavo y noveno desde el punto de vista de la teoría de las causas de extinción de las fundaciones.

(6) Para la bibliografía sobre el tema de las fundaciones, aparte de los demás títulos que se citan a lo largo de este comentario, puede verse R. GÓMEZ-FERRER: *La nueva regulación de las fundaciones culturales privadas*, en el núm. 70 (1973), de esta REVISTA, pp. 377 y ss., con abundante bibliografía a la que me remito. Para un planteamiento general desde el punto de vista de la dogmática jurídica me sigue pareciendo muy válido, como regla, F. FERRARA: *Le persone giuridiche*, ed. a cargo de F. Ferrera jr., UTET, Torino, 1958. Una visión reciente, desde el ángulo insprivatista, en R. BADENES GASSET: *Las fundaciones de Derecho privado. Doctrina y textos legales*, Ed. Acervo, Barcelona, 1977.

(7) Véase, por todos, Díez PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 114-115; LACRUZ BERDEJO: *Manual de Derecho civil*, L. Bosch, Barcelona, 1979, 206, y, del mismo autor, *Elementos de Derecho civil*, I, L. Bosch, Barcelona, 1974, 203 y ss.

(8) Téngase en cuenta el criterio, decisivo, del artículo 35 del Código civil, síntesis de una muy accidentada evolución, de reconocer a las fundaciones con la doble condición de que sean de interés público y reconocidas por la ley. Véase sobre el tema, GÓMEZ FERRER: *La nueva regulación*, pp. 381 y ss.

de la «preocupación del legislador por la permanencia de las fundaciones» se hablará también, así como de que, «nuestro ordenamiento postula la permanencia». Y todas estas fórmulas no son afirmaciones más o menos retóricas, no son disquisiciones en el vacío, sino que están ordenadas de manera muy directa a sostener la solución que el fallo consagra.

2. Una de mis preocupaciones constantes a lo largo de anteriores comentarios a la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales ha sido la de que la atribución de la competencia al órgano administrativo, en detrimento del tribunal, no viniera a representar un conducir a vía muerta el conflicto, al sólo objeto de impedir la acción de la justicia; es decir, preocupación porque el afianzamiento de la competencia administrativa no estuviera encubriendo una denegación al justicia. Por expresarlo con la fórmula del artículo 9.º LCJ, sólo es legítimo *suscitar la cuestión de competencia para reclamar el conocimiento de los negocios* (9). De donde se deduce lo inadecuado de las posturas que pretenden asumir una competencia *para impedir el conocimiento* real de los negocios. Es aquí donde ha surgido históricamente una de las quiebras más destacadas del sistema de conflictos jurisdiccionales. Pues bien, haciendo aplicación de estas ideas al caso, se comprueba, sin lugar a dudas, la validez de la solución adoptada, en cuanto la Administración pública va a poder asumir, en efecto, el *conocimiento del negocio*. También da sobrados argumentos en esta dirección el Juez de Conflictos, como si quisiera dejar despejada la objeción que acabo de referir. Y así, con todo acierto, se dirá en el considerando sexto: «En todos los documentos incorporados al expediente, comprensivos de las alegaciones de una y otra autoridad contendientes, se admite, y no podría ser de otra manera, las facultades tuitivas, de control y vigilancia que a la Administración competen respecto de la beneficencia particular, sea ésta de carácter general, mixto o docente. Pues bien, de entre estas facultades interesan aquellas que aluden, directa e inmediatamente, a los pedimentos que de la autoridad judicial solicitan los demandantes; incumbe a la Administración velar por el cumplimiento de la voluntad fundacional y, por lo mismo, comprobar la certeza del eventual incumplimiento y adoptar las medidas que sean necesarias para corregirlo, instrumentando la legislación especial los cauces adecuados para lograrlo a través de los expedientes de investigación y de las facultades que a la autoridad administrativa incumben, respecto de los patronos en orden a velar por el adecuado cumplimiento de sus deberes.» Ha sido largo el fragmento reproducido, pero valía la pena. Está claro que si lo que se quiere es afianzar la fundación, corregir los posibles entuertos y asegurar la realización de los fines señalados por el fundador, no es lo más indicado consi-

(9) Me remito, por ejemplo, a lo expresado en mi trabajo *En torno al sistema español de conflictos jurisdiccionales*, que figura como *estudio preliminar* al libro de J. DOMPER: *Repertorio de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales (1948-1975)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979, pp. 38 y ss.

derar nula la fundación—el tema de la nulidad del que ahora no voy a ocuparme lo aborda con acierto el considerando séptimo—y entregar los bienes a los herederos de aquél, a lo que podría llegarse de sostenerse la competencia judicial—está ahí la sombra del caso de la escuela Baños—, sino que, por el contrario, es lo adecuado el ejercicio y la puesta en funcionamiento de las numerosas facultades englobadas en la competencia administrativa. Por ahí es por donde puede venir la defensa de la fundación, y ya se sabe lo amplias que son ahora las facultades que corresponden al protectorado (10). Con la particularidad de que, si la Administración no toma la iniciativa, existen una serie de remedios para excitar su celo y para forzarla a que asuma sus responsabilidades (11). Claro que se supone que a los herederos del fundador les interesa más recibir como propios los bienes de su pariente, una vez disuelta la fundación, que adoptar otros remedios para que la fundación funcione con normalidad. Pero eso ya es harina de otro costal. Lo que me interesa es dejar sentado que esa vía para actuar ante la Administración existe y que la han de poder utilizar un amplio número de sujetos entre los que, junto a otras personas interesadas (12), es obvio que hay que incluir sin duda a los herederos del fundador.

Por eso me parece acertada la solución del conflicto, del mismo modo que estimo que el afianzamiento de la competencia administrativa no es ninguna excusa para impedir el conocimiento, sino que, por el contrario, abre un variado y positivo abanico de posibilidades y remedios. Frente a la dureza de soluciones al estilo de la sentencia del caso de la «Fundación Escuela Baños», frente a la falta de elasticidad para *solucionar problemas* que la jurisdicción civil (13) ofrece

(10) Sobre las variadas y relevantes facultades atribuidas al protectorado, véase, por ejemplo, la exposición que ofrece R. GÓMEZ FERRER: *La nueva regulación*, páginas 390 y ss., a la que me remito, sin que sea necesario descender ahora a detalles, ni seleccionar ejemplos de las numerosas modalidades que proporciona la legislación vigente, aunque quepa recordar que desde la inspección y el control se puede llegar a la remoción de los patronos.

(11) Aparte de las modalidades comunes previstas con carácter general para las relaciones de los ciudadanos con la Administración, la normativa sobre fundaciones contempla también remedios peculiares. Por recordar ahora algún ejemplo, entre los vistos del Decreto que se comenta se incluye, entre otros similares, el artículo 116 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio —es el Reglamento de Fundaciones Culturales—, que comienza así: «1. Cualquier persona puede dar cuenta al Ministerio de Educación y Ciencia de la existencia de bienes destinados a fines culturales que no son aplicados a dichos fines. También puede solicitar que se le autorice a investigar la existencia y situación de los bienes aludidos.»

(12) Así, LACRUZ: *Elementos*, I, p. 205, atribuye a los presuntos beneficiarios de la fundación el siguiente papel: «... los terceros favorecidos desempeñan un papel pasivo y ulterior a la creación del ente; son, realmente, *terceros*, que podrán unirse al poder público, en cuanto interesados, para denunciar el mal funcionamiento de la fundación...».

(13) El caso que recoge Díez PICAZO, en sus *Estudios sobre la Jurisprudencia civil* inmediately a continuación del de la Fundación Escuela Baños se refiere también a un supuesto de fundación —*La Casa de Curación de Vilasar del Mar c. Pou Godori*, de 2 de abril de 1956—, quedando en el mismo malparada la pos-

con demasiada frecuencia —y que bien podía haber evolucionado para pisar tierra, cuando estamos casi entrando en el siglo XXI—, frente a la rigidez de la casación civil (14), la solución administrativa, tan operativa y funcional, parece aquí lógica y razonable. Con una particularidad, además: la de que, como regla, las actuaciones administrativas no son inmunes a la acción de la justicia. Pues, aunque con las complicaciones y molestias inherentes, la generalización del contencioso-administrativo viene a garantizar que *el conocimiento administrativo del negocio* penda ante la palabra última y decisiva del juez, si bien no ya del juez civil, sino del de lo contencioso-administrativo.

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

tura de la fundación por la interpretación rigurosa que se da a razones rituales atinentes a la capacidad procesal de la Casa de Curación. Véase, *op. cit.*, pp. 116-7.

(14) Algo que como jurista me ha impresionado siempre mucho, porque no le veo justificación a la altura de nuestros tiempos, es la exacerbada y exagerada rigidez ritual de que en ocasiones hacen gala los magistrados que conocen de las diversas modalidades del recurso de casación. Frente a un talante tal es bien sabido cómo la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa trató de insuflar aires nuevos —no siempre recibidos, por desgracia— en el ámbito de su influencia. Y en esta línea es de destacar también la labor antiformalista —antiformalista, entiéndase bien, no de desprecio por las formas que siguen siendo muy importantes, sino de desapego de pequeños rituales que no tienen ni deben tener mayor trascendencia, sobre todo cuando pueden conducir, como no es infrecuente, a denegaciones de justicia— labor antiformalista, digo, del Consejo de Estado en su participación en la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales. Ya lo he destacado en otras ocasiones habiendo notado el talante tan distinto del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo a este respecto. La cuestión de competencia que ahora se comenta constituye una nueva prueba de lo dicho. Es de destacar, así, el considerando primero que se inserta, sin duda, en la aludida corriente antiformalista y que, siguiendo la que es ya pauta habitual en el ámbito de esta jurisprudencia, rechaza la alegación del Ministerio Fiscal de que se hubiera producido un defecto de forma esencial, reservando la calificación de nulidad para los defectos formales de mayor gravedad, razonamiento con el que, sobre todo, no se impide el pronunciamiento sobre la contienda suscitada.