

DISPOSICIONES IN BONUM ANIMAE

Miguel Álvarez Ferrón
Daniel Tirapu Martínez
Universidad de Jaén

Abstract: Testamentary dispositions in *bonum animae* are a deeply rooted institution in Spanish law history. They arise in the Early Middle Ages and can be considered an evolution of the Roman pious causes, influenced by institutions of Germanic law and doctrines of Christian authors. They were of great importance in the development of foundations, which were decisive for the charity emergence. Its current regulation in article 747 of Spanish Civil Code, comes from the denaturing suffered by the institution within a social and cultural context of a dispute between the monarchy and the papal power. Such oscillation ended with the denaturation of pious dispositions and the charity secularization. The actual written, in the postulation of *in bonum animae* institutions, attributes half of the testator provisions to the diocesan Ordinary, and the other half to the Civil Governor for its distribution among benevolent establishments. This current context of the article 747 is unprecedented in the Spanish law history. The authors in this work, as a preliminary study for a further investigation, suggest that this is an anachronic rule, not so much because the charitable disappearance replaced by so-called social services - whose competence belongs to the Autonomous Communities or to the civil governor itself, but because it is a trespass on the freedom to dispose of the testator, according to their religious beliefs. Such meddling is exacerbated in modern regional laws that regulate this institution, due to they apply it to members of other recognized religions in Spain.

Keywords: *in bonum animae* dispositions, testament, charity, charitable foundations, freedom.

Resumen: Las disposiciones testamentarias en beneficio del alma son una institución de honda raigambre en nuestro Derecho. Surgen en la Alta Edad Media. Pueden considerarse una evolución de las causas pías romanas, influenciadas por instituciones propias de Derecho germánico y por doctrinas de autores cristianos. Tuvieron una gran importancia en el desarrollo de las

fundaciones, determinantes para el nacimiento de la beneficencia. Su regulación actual en el artículo 747 del Código Civil, surge tras un proceso de desnaturalización de la institución, en un contexto social y cultural de disputa entre el poder real y el pontificio. Dicha pendencia concluye con la desnaturalización de las mandas pías y con la secularización de la beneficencia. La actual redacción, sin parangón en el Derecho histórico, en el supuesto de instituciones en beneficio del alma, atribuye la mitad de lo dispuesto por el testador al Ordinario de la diócesis y la otra mitad al Gobernador Civil para que lo distribuya entre establecimientos de beneficencia. Los autores en este trabajo, primer paso de una tesis doctoral, proponen que se trata de una norma anacrónica no tanto por la desaparición de la beneficencia en beneficio de los llamados servicios sociales –cuya competencia corresponde a las comunidades autónomas–, y de la figura misma del gobernador civil, sino por suponer una intromisión ilegítima en la libertad de disponer del testador, atendiendo a sus creencias religiosas. Dicha intromisión se ve acentuada en las modernas normas de derecho foral, que regulan dicha institución, ya que la extienden a los miembros de otras confesiones religiosas reconocidas.

Palabras clave: disposiciones in bonum animae, testamento, beneficencia, fundaciones, libertad.

SUMARIO: 1. Origen y desarrollo histórico de las disposiciones testamentarias en favor del alma en derecho español.- 1.1 Introducción. La cuota *pro anima* medieval.-1.2 La cuota *pro anima* voluntaria.- 1.3 La cuota *pro anima* obligatoria.- 1.4 Las disposiciones en favor del alma tras la recepción del Derecho Común. Las Partidas.- 1.5 Las disposiciones en favor del alma en las Leyes de Toro.- 1.6 Las mandas pías forzosas en Derecho anterior al proceso codificador. Desnaturalización y desaparición de la institución.- 1.7 El Proyecto de Código Civil de 1851.- 1.8 El Anteproyecto de Código Civil de 1882.- Doctrina civil.- 2.1 Consideraciones generales.- 2.2 Características esenciales de la regulación contenida en el artículo 747 del Código Civil.- 2.3 Estudio de la Doctrina Civil sobre la regulación contenido en el artículo 747 del Código Civil.- 2.4 Estudio de la Doctrina Civil sobre algunas cuestiones que pueden plantear en la aplicación del artículo 747 de Código Civil.- 2.5 Las disposiciones en favor del alma en los Derechos Forales.- 3. Jurisprudencia.- 3.1 Jurisprudencia anterior al Código Civil.- 3.2 Jurisprudencia posterior a la promulgación del Código Civil.- 4. La cuota *pro anima* en textos eclesiásticos y canónicos.-4.1 La cuota *in bonum animae* en la patrística y en epístolas pontificias.- 4.2 Las disposiciones en beneficio del alma en el Concilio de

Trento.- 4.3 Las disposiciones en beneficio del alma en Código de Derecho Canónico de 1983.- 4.4 Las disposiciones *in bonum animae* en las fuentes pacticias.- La beneficencia.- 5.1 Origen, desarrollo y fin de la beneficencia en España.- 6. Conclusiones.- 7. Bibliografía.

1. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS EN FAVOR DEL ALMA EN DERECHO ESPAÑOL

1.1 INTRODUCCIÓN. LA CUOTA *PRO ANIMA* MEDIEVAL

A la hora de estudiar la génesis del artículo 747 del Código Civil, llama poderosamente la atención el contraste existente entre cómo se articulaba la institución sucesoria en beneficio del alma en el Proyecto de Código Civil de 1851 y la formulación que sobre la misma se realiza en el denominado anteproyecto de 1882; formulación ésta última que pasó, sin apenas modificarse, a estar contenida en el artículo 747 del Código. Lo drástico del cambio es llamativo, y motiva que se deba bucear en la historia jurídica española para tratar de encontrar el origen de tales disposiciones y conocer cuál fue el desarrollo de la institución *pro anima*, hasta llegar a su actual regulación en el citado precepto del Código Civil.

Tres son las teorías, que tratan de explicar los orígenes del artículo 747 del Código Civil, que van a ser apuntadas en el presente trabajo.

En primer lugar, citamos a MANRESA Y NAVARRO quien en sus *Comentarios al Código Civil Español*¹ defiende que, en el artículo 747 del Código Civil, se contiene un precepto sin precedentes en la antigua legislación española. A su juicio, no pueden ser considerados como tales precedentes ni la normativa referida a las mandas pías forzosas, que había estado en vigor durante la primera mitad del siglo XIX, –a la que se hará referencia en el capítulo correspondiente del presente trabajo–, ni la contenida en la ley 15, título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación². Este autor tampoco hace referencia a la antigua normativa medieval o al Derecho Romano para explicar las disposiciones testamentarias en beneficio del alma. A su juicio tal institución fue introducida por medio de la costumbre y su admisión por parte de la jurisprudencia supuso una especial extensión de la misma, lo que, para evitar dudas y vacilaciones a las que la hermenéutica jurídica era incapaz de responder, sería la causa de que en el Código Civil se regule de forma clara y concreta la disposición testamentaria en beneficio del alma.

¹ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid, 1911. Tomo VI, p. 22.

² “Observancia del auto acordado prohibitivo de hacer mandas á los confesores, sus deudos, Iglesias y Religiones.” Cfr. Novísima Recopilación de las leyes de España. Tomo V. Madrid, 1805.

En segundo lugar, GUILARTE ZAPATERO, en su trabajo sobre los legados piadosos en el antiguo Derecho castellano³, orientado hacia las fundaciones, entiende que el origen de la institución testamentaria en beneficio del alma, debe situarse en la Edad Media, cuando se generaliza, hasta aparecer en las normas, la práctica de dejar algún bien en favor de alguna iglesia o monasterio persiguiendo la finalidad de que tal acto de disposición redunde en beneficio del alma del testador. No obstante considera, que no se debe situar el nacimiento de la institución en un período anterior a las Partidas. Sirven para fundamentar su opinión dos razones:

- i. La obra de Alfonso X, el Sabio, no realiza ninguna mención expresa a tal institución, aunque, indirecta e implícitamente, queden reconocidas en algunas leyes las disposiciones en favor del alma.⁴
- ii. Porque, atendiendo a lo anterior, y teniendo en cuenta la naturaleza de la institución testamentaria en beneficio del alma, sería muy aventurado admitir su existencia en una época anterior a la recepción.

Finalmente, hemos de hacer referencia a la tesis defendida por MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, cuya obra *Herencias en favor del alma en el Derecho español*⁵, es una referencia en este campo, desde la perspectiva de la Historia del Derecho; siendo continuas las citas a ella realizadas, tanto por parte de los historiadores del Derecho como de civilistas, en todas las obras que vieron la luz tras su publicación. Precisamente, tanto por ese reconocimiento unánime del valor de la obra, como por la especialidad del objeto de estudio de la misma, me detendré un poco más en la exposición realizada por el Profesor MALDONADO, que vincula el artículo 747 del Código Civil con la cuota pro anima medieval que surge en el período de la reconquista, en la alta Edad Media, por lo menos dos siglos antes de que las Partidas viesan la luz.

Así, en cuanto al origen de las disposiciones in bonum animae, remontándonos a los datos más antiguos de los que disponemos, nos encontramos con que en el antiguo Derecho Romano no existe una institución similar ya que, aunque la Ley Falcidia permitía disponer legados a favor de los dioses, dichos legados no eran realizados en atención al alma del difunto. Tampoco aparece ningún antecedente claro de esta institución en el Derecho Germánico. No obstante, es muy posible que, pese a esta carencia de antecedentes evidentes, en la vida práctica del pueblo visigodo se introdujese la costumbre de dar bienes a la Iglesia, pensando en el beneficio espiritual del donante, como

³ GUILARTE ZAPATERO, A.M. "Legados piadosos en el antiguo Derecho castellano", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 221-1946, pp. 603 y ss.

⁴ Ver apartado 4 del presente título (apartado 1.4).

⁵ Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1944.

evolución de la llamada “parte del muerto,” propia del Derecho Germánico⁶. Este hecho explicaría que la ley *dum inclita* de Chindasvinto, que limitaba a un quinto de los bienes lo que podían disponer en favor de extraños los que tuvieran descendientes, cite expresamente a las iglesias como posibles destinatarias de tales disposiciones⁷. Esta formulación hace pensar que nos encontramos ante un antecedente o ante las mismas raíces de la propia cuota *pro anima*, pero no ante dicha institución ya que no se encuentra rastro de que la disposición se realice en beneficio del alma del testador.

Es, en la alta Edad Media, en el Derecho de sucesiones castellano-leonés, que va surgiendo en los territorios reconquistados tras la invasión musulmana, donde comienzan a encontrarse referencias a la atribución de una parte del caudal relicto a una finalidad religiosa en beneficio del alma del testador. Tal disposición en beneficio del alma se suele expresar con la fórmula “sucesión o cuota *pro anima*”. Tales atribuciones de la cuota *pro anima* medieval, en ocasiones, se realizan siguiendo una disposición expresa del testador. En tales supuestos nos encontramos ante la llamada “cuota voluntaria”⁸. Con el transcurso del tiempo, van a surgir otras atribuciones patrimoniales en el ámbito del Derecho de sucesiones, realizadas en beneficio del alma del causante, con independencia de que éste lo haya previsto así o no. Tales son los supuestos de cuota *pro anima* obligatoria, de los que se tratará en el apartado 1.3.

Debido a la motivación religiosa de la institución en beneficio del alma, han existido autores, como SCHULTZE, que entienden que el nacimiento de la cuota libre y de la cuota en favor del alma se debe fundamentalmente a las predicaciones de la Iglesia, principalmente de San Agustín, que aconsejaba dejar una parte de los bienes para obras en beneficio del alma debido a su valor meritorio para alcanzar la Vida Eterna. Como se verá en el apartado 4.1 de este trabajo, MALDONADO no comparte plenamente esta afirmación y aunque admite la influencia eclesiástica, no la considera fundamental en el desarrollo de la institución, atendiendo más al propio desarrollo de la tradición jurídica española.

⁶ Era costumbre entre los pueblos germanos enterrar, junto con el difunto, el llamado “equipo del muerto” constituido por una serie de armas y de otros objetos de uso personal. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO cita un estudio de BRUNNER en el que éste último autor sostiene que, al producirse la cristianización de los germanos, en lugar de enterrar con el difunto ese “equipo del muerto” se destinó una parte de los bienes a obras piadosas en beneficio del alma, transformando la parte del muerto “*Totentheil*” en parte del alma “*Seelteil*.”

⁷ “*Sane si filios sive nepotes habentes ecclesiis vel libertis ant quibus elegerint de facultate sua largiendi voluntatem habuerint de quintam tantum partem iudicandi potestas illis indubitata manebit.*” Extraído de MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. *Herencias en favor del alma en el Derecho español*. Madrid, 1944. p. 26, nota 8.

⁸ Cfr. apartado 1.2 del presente trabajo.

A continuación se expone, en distintos apartados, la evolución de la cuota voluntaria y de la cuota obligatoria en favor del alma en el Derecho medieval español, con carácter previo, por tanto, a la recepción romano-canónica.

1.2 LA CUOTA *PRO ANIMA* VOLUNTARIA

Es un hecho contrastado el que en la alta Edad Media existió en España la costumbre de hacer entregas de bienes, muchas de ellas post mortem, a las iglesias y monasterios con el propósito de crear una fundación con la finalidad de realizar obras virtuosas. Tales entregas de bienes se realizaban, en el contexto del ambiente marcadamente religioso de la época, con la única finalidad de llevar a cabo buenas obras, que redundasen en beneficio del alma del que las realizaba. La costumbre de realizar tales disposiciones *post obitum* se fue generalizado hasta el punto de encontrarse formulada en algunos fueros, como los de Salamanca, Ledesma, y Brihuega, la afirmación general de que procede, y es admisible, la disposición mortis causa en beneficio del alma.

Este principio general, que aboga por la admisibilidad de disponer los bienes propios en beneficio del alma, viene a confirmar la realidad mostrada por multitud de documentos más antiguos –incluso del siglo IX– en los que se dispone de bienes en favor de un establecimiento religioso. Los cartularios de monasterios como el de San Pedro de Cardeña, San Millán de la Cogolla o San Salvador de Celanova, contienen muchas referencias a actos de disposición de esta índole⁹ utilizando, en muchos de ellos, la fórmula de estilo “dono al monasterio mi cuerpo y alma, y todo lo suyo.” MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO entiende que la interpretación más acertada de esta fórmula de estilo es la que la considera como asignación de esos bienes en favor del alma del donante¹⁰. Éste dispone en beneficio de la institución religiosa sus bienes, pero entregándole también su cuerpo –podría referirse a ser sepultado en el lugar– y su alma. Es decir, encomendando la misma a las oraciones de los monjes.

MALDONADO considera que estos datos, extraídos la realidad jurídica española en la Alta Edad Media, vienen a confirmar su hipótesis que sitúa en esta etapa el nacimiento y el fundamento de la cuota *pro anima* en nuestro Derecho sucesorio. Un origen medieval y de tipo religioso, pero, a su juicio, no achacable a ninguna doctrina o teoría concreta de algún autor cristiano. El fundamento de la cuota voluntaria en beneficio del alma escapa a tal influen-

⁹ En este sentido pueden consultarse las múltiples referencias a disposiciones a favor de estos u otro monasterios, contenidas en tales libros de becerro, realizadas en la obra de MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO *Herencias en favor del alma en el Derecho español*. Madrid, 1944. pp. 50 a 96.

¹⁰ *Ibid.* p. 53.

cia y se sustenta en una corriente de pensamiento popular que ve, en la práctica de un acto de liberalidad en favor de un fin religioso, un mérito en beneficio del alma. De hecho, en alguno de los documentos en los que se refieren tales disposiciones, se puede observar como, en los mismos actos de disposición, se explica el fin perseguido por el testador al realizar la manda. Cita MALDONADO una disposición recogida en el Tumbo de Santo Toribio de Liébana en la que el disponente dona un quinto de sus bienes “*pro remedio anime mee (...)*”.

La corriente descrita se fue generalizando hasta convertir en costumbre la realización de disposiciones patrimoniales en beneficio de iglesias y monasterios, persiguiendo, como fin último, la obtención de un beneficio para el alma que viniese a apuntalar el tránsito a la otra Vida.

La generalización de la costumbre supuso que, en los fueros, comenzasen a contenerse preceptos admitiendo la institución. Pero junto a esta corriente de admisión de la costumbre por parte de las normas, comienza a aparecer en las mismas una serie de limitaciones a la facultad de disponer en beneficio del alma. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO considera que tales frenos a la libertad de disposición tienen su fundamento en el sentido familiar germánico de la propiedad, que propicia que el Derecho tienda a evitar que el patrimonio del disponente pase íntegro a manos extrañas. Tales cortapisas obedecen a diversos motivos que van a variar en función de las fuentes a las que acudamos, pero podrían resumirse en:

- i. existencia de hijos o, en menor medida, otros parientes –Fuero de Escalona, Fuero de Viguera y Val de Funes, Fuero de Avilés o Fuero de Oviedo–. No obstante en algunas ocasiones, la intervención de los parientes confirmando el acto de disposición en beneficio del alma, anula esta limitación. A modo de ejemplo pueden citarse fueros como el de Cerezo, el de Plasencia o el de Ledesma.
- ii. Enfermedad del que realiza el acto de disposición. Tal situación personal del disponente aparece también como motivo para restringir la libertad de disponer en beneficio del alma en distintos fueros como el de Salamanca, el de Plasencia, el de Ledesma o el de Cerezo.
- iii. Edad del mandante, aunque la edad mínima que se fija varía en función de los textos, también es motivo de limitaciones en fueros como el de Brihuega.

Estas limitaciones darán lugar al nacimiento de distintas restricciones que minan la posibilidad de realizar disposiciones de bienes en beneficio del alma. Así van a aparecer restricciones formales como la exigencia del consentimiento de hijos o parientes –fueros de Cerezo, Plasencia o Ledesma– o la necesaria presencia de testigos que garanticen la publicidad del acto de disposición

–Fuero de Brihuega–.

Pero, de entre todos los sistemas a los que acuden las normas medievales para reducir la libertad de disposición *in bonum animae*, el que tiene una mayor relevancia y aplicación, así como una repercusión más honda en la evolución jurídica, es el que consiste en imponer limitaciones a la cantidad sobre la que se puede disponer en beneficio del alma. Dos son las fórmulas empleadas:

- i. el Fuero de Viguera y Val de Funes opta por marcar una cantidad fija que debe constituir la disposición *pro anima*.
- ii. Lo habitual es que la cantidad de bienes de los que se puede disponer en beneficio del alma se fije en atención a la cuantía del caudal relicto, correspondiéndose la cuota en beneficio del alma admitida con una parte proporcional del mismo. No existe un criterio uniforme, optando los distintos fueros por soluciones diferentes, pero la gran mayoría de los mismos sitúa el límite en el quinto de los bienes. La concreción del límite en tal cantidad es, a juicio de Maldonado, muy interesante ya que permite:
 - entroncar la cuota *pro anima* voluntaria con Derecho más antiguo, previo a la invasión musulmana, ya que el quinto es la cifra a la que se acude con mayor frecuencia para limitar, en determinados casos, las liberalidades en favor de fines religiosos, admitidas aunque no de modo específico, en antiguas fuentes como la anteriormente citada ley *Dum inclita* de Chindasvinto.
 - Relacionar la cuota *pro anima* con la cuota obligatoria que va a surgir para dar cumplimiento a esta misma finalidad

1.3 LA CUOTA *PRO ANIMA* OBLIGATORIA

De modo paralelo a la institución en beneficio del alma que ha sido descrita en el apartado anterior, en diversos fueros municipales, con algunas variantes, pero inspirada en el mismo espíritu, y por eso reconducible a un estudio unitario, se establece la existencia de una cuota *in bonum animae* que entraría en juego en aquellos casos en los que el testador no hubiese dispuesto nada en tal sentido. No se trata, por tanto, de dar cumplimiento a la postrema voluntad del difunto, que desea invertir una cantidad de sus bienes en realizar obras piadosas que sirvan de alivio a su alma, sino de una disposición del Derecho que obliga a los herederos a invertir una parte de los bienes integrantes del caudal relicto en beneficio del alma del causante. Es, por tanto, el Derecho quien se encarga de velar por el bien del alma del difunto cuando éste no dispone nada sobre el particular.

Salvando las puntuales diferencias y variantes, a las que se ha hecho referencia y que afectan a esas disposiciones obligatorias, y versan sobre cuestiones como la mayor o menor especificación, sobre cómo ha de realizarse el reparto de las legítimas o a la cuantía de la cuota reservada —con carácter general un quinto; no obstante también existen otros fueros que destinan a la manda pro ánima un tercio de los bienes del difunto—. Se encuentran referencias a estas disposiciones obligatorias in bonum animae en multitud de Fueros locales: Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar, Soria; Escalona, Guadalajara; Sepúlveda, Lara; Ledesma, Salamanca, Brihuega; Plasencia o en el Privilegio de Alfonso II de Aragón a Jaca. También aparece referida y regulada tal institución en fuentes portuguesas como en las Costumes e Foros de Castel Rodrigo, de Castello-Bom y en textos de Salvaterra o Sancta Cruce.

Las disposiciones relativas a esta cuota *pro anima* obligatoria guardan muchas similitudes con las que se refieren a las disposiciones voluntarias en beneficio del alma. Incluso, en ocasiones, ambas instituciones se encuentran reguladas en los mismos preceptos. La consecuencia lógica, que expone MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, es que puede afirmarse, sin temor alguno, la existencia de una relación indudable entre ambas instituciones. Relación que iría más allá de compartir la finalidad de obtener un beneficio del alma, que se persigue en la disposición de los bienes del testador, y estar orientadas en una misma dirección ideológica. Así, puede estimarse que la institución obligatoria in bonum animae tiene su origen en la cuota voluntaria. MALDONADO funda esta opinión en la consideración de que la cuota obligatoria en favor del alma no puede ser tomada como una desnaturalización de la cuota voluntaria, sino como institución que surge para completarla: la atribución en beneficio del alma del testador de una cuota de los bienes que constituyen la herencia surge, en primer término, como una costumbre piadosa que nace de los actos voluntarios de muchos cristianos al otorgar testamento. Lo que comienza siendo una manera de obrar en el supuesto concreto se convierte, a través de la repetición en otros casos concretos, en práctica general, por lo que se transforma en una conducta susceptible de ser regulada por el Derecho que, atendiendo a la importancia que se otorgaba en el contexto social existente a la finalidad a la que se dirigía la institución en beneficio del alma, llega a imponerla con fuerza obligatoria.

Además de esta teoría sobre el nacimiento de la cuota *pro anima* obligatoria, por parte de otros autores se ha tratado de explicar el origen de tal institución desde la perspectiva de la influencia eclesiástica que persiguió, y consiguió, la atribución del antiguo quinto de libre disposición del Derecho visigodo a esta finalidad de carácter religioso, lo que redundaría en un provecho económico de la Iglesia. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO

descarta esta doctrina¹¹, inclinándose por la descrita en el párrafo anterior, y situando la mayor relación entre el antiguo quinto visigodo y la cuota obligatoria en beneficio del alma, precisamente, en la coincidencia de ser la quinta parte de los bienes la que la mayoría de las distintas normas forales atribuían a la disposición en favor del alma.

De entre las características y elementos de la cuota pro anima obligatoria medieval pueden resaltarse los siguientes aspectos.

i.- Sentido de la cuota obligatoria ¿Cuándo opera?

Esta cuestión no es fácil de responder ya que, atendiendo a las normas contenidas en los distintos fueros, no está claro si, ante la omisión por parte del testador de la disposición *in bonum animae*, la norma presume la voluntad de éste de ordenar tal disposición o bien impone tal disposición por considerar la atención al bien del alma cuestión ineludible en todos los casos y, por lo tanto, susceptible de ser sustraída a la libre voluntad del causante.

La única excepción a esta situación aparece en el fuero de Brihuega¹² que prescribe que la cuota obligatoria en beneficio del alma es de aplicación no sólo cuando el causante no hubiese otorgado testamento, sino también cuando en su testamento no hubiese incluido una disposición *in bonum animae*. Por lo tanto, en este supuesto no se trata de suplir la voluntad del causante que ha muerto sin manifestarla, sino de sustituir, por virtud de la ley, una omisión que se produjo en la manifestación de esa voluntad por medio del testamento: “(...) *et si no mandare nada, o no muriere con lengua*¹³, *de el quinto del mueble a los clerigos de la collacion dond fuere...*”.¹⁴

En otro orden de cosas, ninguno de los fueros que hacen referencia, y regulan la cuota obligatoria en beneficio del alma, prevé qué sucedería en aquellos supuestos en los que, en el testamento, se consignara una disposición del testador en la que éste, expresamente, se manifestase en contra de disponer bienes para obras piadosas en beneficio de su alma, por lo que no es posible saber que sucedería en caso de conflicto entre la voluntad del testador, contraria a la manda pía, y la norma que prevenía la cuota *pro anima* obligatoria.

ii.- Bienes del caudal hereditario sobre los que debe ser computada y detraída la cuota pro anima obligatoria.

Son varias las opciones por las que optan los distintos fueros a la hora de determinar qué bienes de la herencia quedan sujetos para integrar la

¹¹ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. *Herencias en favor del alma en el Derecho español*. Madrid, 1944. pp. 121 y 123.

¹² Concedido por D. Rodrigo Jiménez de Rada, arzobispo de Toledo, en 1242.

¹³ Era ésta un fórmula de estilo habitual para referirse en los fueros a los supuestos de sucesión intestada. Morir sin lengua, equivale, por tanto, a fallecer sin haber otorgado testamento.

¹⁴ Fuero de Brihuega § 148. Tomado de MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. *Op. Cit.* p. 108.

cuota obligatoria en beneficio del alma. Así, a tenor de lo contenido en algunos fueros, como los de Cuenca, Teruel, Béjar, Soria y Zorita, la cuota obligatoria en beneficio del alma, debe consistir en una quinta parte del ganado, llegando alguno de estos fueros a especificar incluso que concreta clase de ganado debía ser incluida en la cuota, y excluyendo de la misma el caballo de silla. Otros textos, sin embargo, disponen que esa cuota debe detraerse exclusivamente de los bienes muebles del difunto –fueros de Plasencia y Brihuega– o de bienes y heredades –Fuero de Salamanca–. El Fuero de Escalona, concedido por Alfonso VII en 1118, por su parte, no hace especificación ni distinción alguna sobre qué concretos bienes relictos deben ser retraídos para conformar dicha cuota, por lo que debe entenderse que ésta se imputaba a la totalidad del caudal hereditario. Transcurrido tiempo, en el Fuero de Vizcaya –Fuero de la Tierra Llana de 1342–, se permitirá mandar por el alma el quinto de los bienes raíces, pero, en el caso de haber en la herencia bienes muebles por importe de ese quinto de la raíz, la cuota pro anima podrá tomarse, única y exclusivamente, de esos bienes muebles.

iii.- Destino que ha de darse a la cuota obligatoria en beneficio del alma

Habitualmente, los distintos fueros, sólo contemplan que la cuota obligatoria debe emplearse en beneficio del alma del difunto, no especificando en qué se concreta tal beneficio del alma. Por lo tanto, queda a voluntad de los herederos, que son los obligados a disponer tal cuota pro ánima del testador, el elegir a qué obra piadosa habrá de servir en sufragio de aquélla.

iv.- Compulsión sobre los herederos

Para terminar con el análisis de la cuota pro anima obligatoria, parece interesante traer a colación las normas contenidas en los fueros de Ledesma y Salamanca. Dichas disposiciones pretenden asegurar el cumplimiento de la cuota pro ánima, compeliendo a los obligados a hacerla efectiva, mediante la previsión de una penalización pecuniaria para aquellos parientes que se nieguen a cumplir, tanto las disposiciones testamentarias –cuota voluntaria–, como los preceptos del fuero en favor del alma del difunto. –Cuota obligatoria–.

1.4 LAS DISPOSICIONES EN FAVOR DEL ALMA TRAS LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN. LAS PARTIDAS

Ya en la Baja Edad Media, tras los trabajos realizados por las distintas escuelas de glosadores y por los comentaristas o postglosadores, se va a produ-

cir en nuestro Derecho la recepción del *utrumque ius*, pilar clave de la cultura jurídica europea. En este contexto, y antes de la concreción de la recepción romano-canónica en Las Partidas, se vuelve, en lo relativo a la cuota de libre disposición, al sistema visigodo. Así, en Fueros locales como el de Soria o en el Fuero Real¹⁵ se retorna a un quinto de libre disposición, pero incorporando como novedad la expresa posibilidad de disponer tal parte en beneficio del alma, disposición que como se ha señalado en el primer apartado de este trabajo no aparecía en los textos visigodos.

Tal y como señala MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, una vez se produce la recepción del Derecho Común van desapareciendo de la legislación, que poco a poco comienza a convertirse en general, las referencias a la cuota *pro anima*. Así, hasta llegar a las Partidas. Esta, la obra jurídica magna del Rey Sabio, que representa el apogeo de la recepción del Derecho Común de base romano-canónica, sigue la orientación justiniana y establece un régimen de legítimas que reserva a los hijos un tercio de los bienes si no pasan de cuatro y la mitad de los mismos si los hijos son más¹⁶, facultando al padre para disponer del resto conforme a su voluntad. De hecho, tal es el título de la Ley 5, del Título VIII de la Sexta Partida, que es la dedicada a los testamentos y las herencias: *“Como, si el padre, da a su fijo su parte legitima, puede fazer de lo otro lo que quisiere”*¹⁷. A juicio de MALDONADO Y

¹⁵ Parece oportuno apuntar que, en sentido estricto, el Fuero Real no forma parte de lo que podríamos llamar derecho de Castilla, en cuanto a que no es, propiamente, una norma general. En este sentido considero importante recordar que se trata de un fuero concedido en 1255, por Alfonso X, a la localidad de Aguilar de Campoo, siendo concedido por dicho monarca, en años sucesivos, a diversas localidades ubicadas en lo que hoy es Castilla y León, Castilla la Mancha, Extremadura y Madrid, donde era aplicado como derecho local. No obstante, no debe olvidarse que el Fuero Real es considerado, por gran parte de la doctrina, junto con el Espéculo, como una suerte de “ensayo” de Las Partidas y de facto se considera como punto de partida del Derecho castellano.

¹⁶ Aunque referida a la prohibición de otorgar testamento a los que profesan religión, la Ley 17, título I, Partida VI: *“E la legitima parte que deuen auer los fijos, es esta que si fueren quatro, o dende ayuso deuen auer de las tres partes la vna, de todos los bienes de aquel a quien heredan. E si fueren cinco, o mas, deuen auer la meytad.; e por esso es llamada esta parte legitima, porque la otorga la ley a los fijos; e deuenla auer libre, e quita; sin embargo, e sin agrauamiento e sin ninguna condicion”*. Se corresponde con la Novela justiniana 18. Capítulo 1. Cfr. SANPONS Y BARBA, I./MARTÍ DE EIXALÀ R./FERRER Y SUBIRANA, J. *Siete partidas del Sabio rey Don Alfonso el IX, –sic– con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López (...)* Tomo III. Barcelona, 1843.

¹⁷ *Ibid.* p. 565. *“Si el padre, faziendo testamento, dexa a su fijo su parte legitima, si esta parte le dexa como a heredero, e estableciesse en esse mismo testamento a otro, en los bienes otros que ouiesse, o ordenasse dellos en otra manera qualquier; estonce, maguer se querellasse el fijo, non podria quebrantar el testamento. Mas si aquella parte le dexasse en el testamento, non como a heredero, mas como en razon de manda, estonce podria quebrantar tal testamento. E esto se entiende, si el fijo, non recibiesse aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiesse, e non lo protestasse diziendo, que le fincasse en saluo la querella que aula de tal testamento, non podria después quebrantarlo. Pero si el padre non fiziesse testamento, e partiesse lo que ouies-*

FERNÁNDEZ DEL TORCO se tuvieron más presentes al redactar tales disposiciones los antecedentes romanos, propios de las fuentes de las que se nutren Las Partidas, que las costumbres que realmente se observaban en España. Concluye su razonamiento afirmando que, en los textos transcritos puede encontrar acomodo la cuota pro anima, no porque se hubiera regulado al recogerla de la realidad jurídica tradicionalmente vivida en nuestra tierra sino por ser el sistema sucesorio romano esencialmente libre.

No obstante, sí aparecen en las partidas algunas referencias indirectas a la posibilidad de que el testador haga disposiciones en beneficio de su alma. Así, al comienzo del Título IX: “*Mandas fazen los omes en sus testamentos, por sus animas (...)*”¹⁸, en la Ley 1 del mismo título al definir las mandas: “*Manda es una manera de donacion, que dexa el testador en su testamento, o en cobdicillo, a alguno por amor de Dios , o de su anima (...)*”¹⁹ o en la Ley 5, del Título X, donde se admite la posibilidad de que el testador haya dejado algo por su alma: “*Dexando algun ome en su testamento marauedis, o heredad, o otra cosa cierta, que mandasse dar por su anima (...)*”²⁰.

1.5 LAS DISPOSICIONES EN FAVOR DEL ALMA EN LAS LEYES DE TORO

En las Leyes de Toro, recopilación de la actividad legislativa desarrollada por los Reyes Católicos, realizada en las Cortes de Toro del año 1505, aparece de nuevo mencionada la posibilidad de disponer bienes en beneficio del alma propia, aunque no se reconozca expresamente tal institución. Tal reconocimiento se recoge, a título de ejemplo, en las leyes VI, XXXII y XXXVI y son manifestación del intento de consignar una cierta libertad de disposición y muestra de que la disposición en beneficio del alma fue la que, en palabras de MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO absorbió en el antiguo Derecho los primeros actos de disposición.

La ley VI de Toro al disponer que “*Los ascendientes legítimos por su órden é línea derecha sucedan ex testamento é abintestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos , como lo son los descendientes á ellos en*

se entre sus fijos, faziendo codicilo, o alguna escritura, en que mostrasse su voluntad ; maguer en tal escritura non dexasse al fijo aquella parte que le mandaba , como heredero, por todo esso non se podria querellar mispara quebrantar aquel testamento. Otrosi dezimos, que dexando el padre al fijo alguna cosa em su testamento como a heredero, maguer non le dexasse toda la su parte legitima que deue aver segun derecho, por todo esso dezimos , que non podria quebrantar el testamento; mas podria demandar, que aquello que le menguaua de la su parte que deuia auer, que gelo cumpliesen; e los otros, que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer.”

¹⁸ *Ibid.* p. 576.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.* p. 645.

*todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar; pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó facer cualquier última voluntad por su alma, ó en otra cosa cual quisieren, lo cual mandamos que se guarde salvo en las ciudades é villas é lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco ó la raíz á la raíz*²¹ establece la parte que debe ser legítima de los ascendientes, así como aquella de la que puede el hijo disponer libremente, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. En el ámbito del Derecho sucesorio, esta Ley, que es de aplicación tanto a las sucesiones testadas como a las intestadas, supone separarse de lo previsto en el Derecho Romano que había sido recibido y recogido, casi literalmente en las Partidas²². La Ley VI, que a juicio de DE LLAMAS Y MOLINA, es de aplicación sólo a los hijos que no se encuentran sometidos a la patria potestad de sus padres²³, permite a los hijos disponer de un tercio de sus bienes a favor de su alma siempre y cuando las otras dos terceras partes queden por legítima de los padres, con el único límite señalado en el inciso final del propio texto de la Ley. Esta Ley aparece recogida en la Nueva Recopilación (Ley I, Título 8, Libro V) y en la Novísima Recopilación (Ley I, Título 20, Libro X)

Pero, a juicio de MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, dentro de las Leyes de Toro, son la XXXII y la XXXVI las que muestran, de un modo más evidente, que en el mundo jurídico de su época –principios del siglo XVI–, pese a la recepción de Derecho Romano a la que se ha hecho referencia, perduraban vestigios de los antiguos principios que informaron la doctrina de cuota *pro anima*. Se refieren ambas al testamento por comisario y vienen a establecer, a juicio de GONZÁLEZ Y SERRANO, un límite a las adquisiciones de bienes por parte de obras pías frente a la consideración, por parte del Derecho Canónico, de que los bienes de los que morían nombrando comisario con la facultad de distribuir sus bienes, debían invertirse en tales fundaciones

²¹ DE LLAMAS Y MOLINA, S. *Comentario Crítico-Jurídico-Literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*. Madrid, 1827.

²² *Ibid.*, p. 81.

²³ En el supuesto de los hijos que habían salido de la patria potestad por medio de la emancipación y, en el caso de sucesiones testadas, éstos gozaban de libertad absoluta, ya que así parecía permitirlo la Ley de las XII Tablas al establecer: "*Uti legassit suae rei, ita Ius esto*" (Tenga valor de Derecho todo legado del propio Patrimonio) Tal situación varió con la introducción de la querrela *inofficiosi testamenti* que asimilaba la situación a la establecida en la Ley Falcidia –con reserva de la denominada "cuarta falcidia"–, que impide al testador legar más de tres cuartas partes de la herencia. En las sucesiones intestadas, los padres sucedían a los hijos que habían sido emancipados, pero no por derecho hereditario sino en virtud de derecho de patronato. Las madres estaban excluidas hasta el senadoconsulto Tertuliano.

piadosas.

La Ley XXXII establecía que “*Cuando el testador no hizo heredero, ni ménos dió poder al comisario que lo ficiese por él, ni le dió poder para hacer alguna cosa de las dichas en la ley próxima, sino solamente le dió poder para que por él pueda hacer testamento, el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de consciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas é cargos de servicio, é otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare, el remanente se parta entre los parientes que vinieren á heredar aquellos bienes abintestato: é si parientes tales no tuviere el testador, mandamos que el dicho comisario dejándole á la mujer del que le dio el poder lo que segun leyes de nuestros reinos le puede pertenecer, ha obligado á disponer de todos los bienes del testador por causas pías é provechosas á la ánima del que le dió el poder é no en otra cosa alguna*”.²⁴ Varios son los aspectos que se pueden destacar. En primer lugar, nos encontramos ante un supuesto en el que el comisario no tiene poder para instituir heredero y el testador no ha realizado tal institución. Según el Derecho Canónico tal situación no podía reputarse como *ab intestato* y debía significar la inversión de los bienes en causas pías. Frente a esta doctrina, la Ley XXXII, opta por la solución intermedia. Así, cuando existan parientes susceptibles de heredar *ab intestato* –situación bastante sencilla, ya que las Partidas admitían este tipo de sucesión hasta el décimo grado– el comisario no estaba facultado para desheredarlos y debía repartir entre ellos cuatro quintos de la herencia, pudiendo destinar, en este caso, sólo el quinto restante del líquido de la herencia por el alma del testador. En el supuesto de no existir herederos *ab intestato*, y con el único límite de respetar los derechos que a la viuda pudieran corresponder, el comisario sí que está obligado a disponer de la totalidad de los bienes en causas pías y provechosas para el alma del testador. En segundo lugar, merece atención el hecho de que en el caso de coexistir con parientes del testador, la institución del quinto en beneficio del alma del testador aparece configurada como facultad del comisario y no como obligación. Como destaca GONZÁLEZ Y SERRANO²⁵, la Ley XXXII, faculta a destinar ese quinto en beneficio del alma, ya que una cosa es poder y otra tener obligación y el texto de la Ley dice “pueda”. Por lo que, a juicio de este autor, si el comisario considerase que destinando menor cantidad para sufragios había cumplido con el deber de descargar los cargos de conciencia del testador, nadie podría compelerle a disponer de esa quinta

²⁴ GONZÁLEZ Y SERRANO, J. *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro. Continuación del que empezó a publicar el Excmo. Sr. D. Joaquín Francisco Pacheco. Obra Póstuma*. Tomo II. Madrid, 1876.

²⁵ *Ibíd.* p. 67.

parte de los bienes.

La Ley XXXII de las de Toro aparecerá recogida en la Nueva Recopilación (Ley 6, Título 4, Libro V) y en la Novísima Recopilación (Ley 2, Título 19, Libro X).

Por su parte, La Ley XXXVI, al establecer “*Cuando el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque se murió sin hacerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que obiesen de heredar sus bienes abintestato, los cuales en caso que no sean fijos ni descendientes ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador; á lo cual si dentro del año contado desde la muerte del testador, no la cumpliere, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante los cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquiera del pueblo*”²⁶ viene a complementar a la Ley XXXII, al disponer que, en aquellos casos en los que el comisario no otorgue testamento, ya sea voluntaria o involuntariamente, los bienes del testador se distribuirán entre los parientes del testador, que serían llamados en una sucesión intestada. En el caso de parientes colaterales, tienen la obligación de disponer una quinta parte de los bienes en beneficio del alma del testador, obligación de la que quedan eximidos los descendientes y ascendientes legítimos.

La Ley XXXVI de Toro, aparecerá recogida en la Nueva Recopilación (Ley 10, Título 4, Libro V) y en la Novísima Recopilación (Ley 13, Título 20, Libro X)

A juicio de MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, aunque con un alcance más limitado, son las antiguas directrices de la cuota obligatoria *pro anima* las que asoman en estas instituciones, constituyendo un reflejo tardío de tal institución medieval. Destaca este autor, como elementos que justifican su teoría, la reaparición de la cifra concreta del quinto, la obligatoriedad de la institución y la atribución de tal cuota al beneficio del alma del testador, sin aclarar en qué específicas atribuciones o aplicaciones se concreta tal beneficio del alma. Nos encontraríamos por tanto, a juicio de este autor, ante una institución reflejo de la antigua cuota *pro anima* medieval, dotada de un mayor rigor jurídico, pero con un ámbito de aplicación notablemente reducido.

1.6. LAS MANDAS PÍAS FORZOSAS EN EL DERECHO ANTERIOR AL PROCESO CODIFICADOR. DESNATURALIZACIÓN Y DESAPARICIÓN DE LA INSTITUCIÓN

El último exponente de la cuota *pro anima* obligatoria puede encontrarse en las modernas mandas pías forzosas. Esta institución gozó de una amplia

²⁶ *Ibid.* p. 80.

difusión y aplicación en el Derecho Público Español del siglo XIX. Aunque, tras una sucesión de cambios legislativos, que supuso que las mandas pías forzosas se vieses progresivamente privadas de su original naturaleza religiosa *in bonum animae*, pasando a convertirse en un mero impuesto que finalmente quedará suprimido, MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO entiende que esta institución está relacionada con la cuota obligatoria pro ánima medieval al considerar que:

- i. Supone el último vestigio de la exigencia, en la sucesión, de una cierta cantidad de los bienes que componen el caudal hereditario para que sea empleada en pías causas y en beneficio del alma del difunto.
- ii. La desnaturalización que suponen las modernas mandas pías forzosas vendría a ser, paradójicamente, fundamento de la vinculación con la institución medieval, al ser muestra de cómo fueron perdiendo su esencia los principios antiguos, delimitando claramente el iter seguido en la evolución que concluye en el radical cambio que desembocará, a su vez, en la desaparición del sistema.
- iii. Ambas instituciones comparten una serie de rasgos comunes, ya sean semejanzas, o las diferencias que delimitan la evolución y posterior desnaturalización: i) obligación de detraer una determinada cantidad del caudal relicto. ii) Ambas persiguen el beneficio del alma del testador, aunque tal finalidad se vaya difuminando en las mandas pías forzosas modernas. iii) De igual forma comparten en sus orígenes un carácter eminentemente religioso que también desaparecerá en la institución moderna.

El nacimiento de las modernas mandas pías forzosas viene motivado por la necesidad de alcanzar determinadas finalidades de interés público, lo que conlleva que podamos distinguir dos especies dentro de esta institución:

- i. Mandas forzosas creadas para cubrir diversas necesidades de tipo benéfico

Aunque tienen sus orígenes en época más antigua –la Pragmática de Felipe IV de 11 de febrero de 1623 establecía ya la obligación de dejar en los testamentos alguna cantidad destinada a casar a mujeres huérfanas y pobres– gozan de una especial relevancia y aplicación a finales del siglo XVIII y a principios del XIX²⁷. Estas mandas forzosas consistían en la imposición a todo testador de la obligación de dejar alguna cantidad para algún concreto fin benéfico. Suponía, por tanto, concretar de antemano, y por imperativo legal,

²⁷ Así en 1750 y 1751 se acudió a la institución de las mandas pías forzosas para recaudar fondos destinados a la conservación de los Santos Lugares y redención de cautivos así como para los Hospitales Reales. Por Real Cédula de 25 de febrero de 1770, se ordenó que, de los bienes de los que falleciesen en la Corte, se cobrase el cinco por ciento para los Reales Hospicios de Madrid y San Fernando.

cuál era el destino que había que dar a la manda. Se invocaba no obstante el carácter religioso, se encomendaba su ejecución a las autoridades eclesiásticas y se mantenía la finalidad de atender al bien del alma del testador, pero encauzando la obra pía que obtenía tal *bonum animae* hacia aquellas necesidades benéficas que, por parte del poder público, se consideraba no gozaban de la atención suficiente.

En el primer tercio del siglo XIX se produjo una reorganización de estas disposiciones. Así, además de la obligatoriedad y de la concreción legal del destino que había de darse a la manda, se procedió a extender la obligación a los supuestos de sucesión intestada, detrayendo la cantidad correspondiente para atender a la manda también en las herencias habidas en este tipo de sucesiones. Finalmente, los Decretos de 9 de noviembre de 1820 y 12 de febrero de 1882, suponen la supresión de mandas pías forzosas destinadas a concretas necesidades de carácter benéfico, surgiendo en su lugar una genérica manda pía forzosa para necesidades de beneficencia, sin incluir adscripciones a finalidades específicas. Es decir, las mandas particulares desaparecieron, surgiendo en su lugar una exacción general de carácter tributario, destinada a cubrir los fines generales de beneficencia y sin estar, en ningún caso, adscrita a concretas necesidades especiales.

ii. Pensiones destinadas a excombatientes y a víctimas de guerra

Junto con las mandas forzosas para atender a necesidades de beneficencia, va a surgir, y a sobresalir, dado el contexto bélico en el que nace, otra rama de legados forzosos *ad pias causas* destinados a sufragar pensiones a excombatientes y a víctimas de la Guerra de la Independencia.

Esta modalidad de mandas forzosas fue establecida en el Decreto LXIII de las Cortes de Cádiz, de 3 de mayo de 1811, en el que también se articula el Reglamento que ha de regir esta institución. La creación de la manda responde, según el propio texto del Decreto, a que “*Las Cortes generales y extraordinarias, deseando aliviar en cuanto sea posible la suerte de nuestros prisioneros, sus familias, viudas y demás personas que hayan padecido en la presente guerra; y habiendo examinado la consulta que el Consejo de España é Indias hizo en vista de la exposición de D. José Colón de Larreátegui, –decano del consejo de Castilla²⁸– decretan: Que todos los testamentos que se otorguen en los dominios de la Monarquía española contengan una cláusula de manda forzosa de doce reales vellón en las provincias de la península e islas adyacentes, y tres pesos en las de América y Asia, satisfaciéndose del mismo modo esta manda en las sucesiones intestadas, y formándose con sus produc-*

²⁸ Cfr. GÓMEZ RIVERO, R. *Ministros del Consejo de Castilla (1814-1820)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*. Número LXXV, 2005. José Joaquín Colón de Larreátegui, ministro del Consejo de Castilla por designación de Carlos IV, presidió el denominado consejo Refundido y el restablecido Consejo de Castilla entre 1809 y 1812.

tos un fondo para socorrer a los expresados y a sus familias; pero con la circunstancia de que la obligación de hacer esta manda ha de durar en ambos casos por el tiempo de la presente guerra, y diez años después de concluida".²⁹

En el Reglamento son varios los artículos que pretenden atribuir carácter religioso a estas mandas forzosas. Así el artículo I, al establecer que el fondo constituido por la recaudación obtenida de tales mandas, no podrá ser destinado a fines distintos de los que motivan su institución, se refiere al mismo como "piadoso y religioso fondo". De igual forma, en su artículo III define esta manda forzosa "*de las más recomendables a Dios, a la religión y al estado en circunstancias de tanta angustia*".³⁰ De igual forma se encargaba su recaudación al cura de la Parroquia del causante, quien debía cobrar los caudales correspondientes a la manda al mismo tiempo que sus derechos y los demás del funeral y se creaba una Junta Pía-Religiosa encargada de la administración de las mandas y que estaba compuesta por, en su caso, el capitán general; el regente de la Audiencia, el M. R. arzobispo u obispo, un canónigo o dignidad elegida por el Cabildo, el cura párroco más antiguo, el gobernador, corregidor o justicia; y el síndico personero del común; siendo secretario, sin voto, el del Cabildo Eclesiástico.

También pretende el Reglamento resaltar que estas mandas forzosas redundan en beneficio del alma del causante al señalar en su artículo XXIV que "*Sin embargo de ser involuntaria esta manda, no puede haber testador que la rehúse, ni heredero que no la aplauda; por lo mismo debemos manifestar nuestro reconocimiento en alivio de estos bienhechores. A este efecto se celebrará en cada parroquia de España é Indias una sencilla y devota función fúnebre, sin aparato, con asistencia de la Justicia, en el mes de noviembre; y se exhorta a los Párrocos instruyan en ella a los fieles, de su piadoso objeto, del motivo memorable de su institución, y de la gratitud, cristiana que debe acompañar a tan, religioso acto*".³¹

Al igual que sucedió con las instituciones destinadas a atender concretas necesidades benéficas, las mandas pías forzosas instauradas para auxiliar a las víctimas de la guerra, tras la aplicación de reformas contenidas en sucesivas disposiciones legislativas,³² van a perder su carácter religioso y especial, pasando a ser consideradas como un ingreso público más, dentro del plan

²⁹ Cfr. *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811 mandada publicar de orden de las mismas*. p. 124. Reimpresión, Sevilla, 1820.

³⁰ *Ibíd.* p. 125.

³¹ *Ibíd.* p. 130.

³² Así, en 1817, se encargaba a la Colectoría General de Expolios y Vacantes la administración y cobro de la manda, desapareciendo las Juntas Pías-Religiosas e ingresándose los fondos obtenidos en la Tesorería General. La Real Orden de 8 de agosto de 1825, implica más a la Hacienda General del Estado en la gestión de la manda. El Real Decreto de 30 de mayo de 1831, que no

general financiero. Esta conversión en impuestos supondrá de facto la desaparición de las mandas pías obligatorias y de los principios que dieron lugar a la cuota pro ánima obligatoria, desaparición que se concretará en la Ley de 23 de mayo de 1845 que refundirá la manda pía forzosa dentro de la contribución de repartimiento sobre el producto líquido de los bienes inmuebles y del cultivo y ganadería.

Desaparecen los legados obligatorios, quedando por tanto las disposiciones testamentarias *in bonum animae* limitadas al campo de actuación enmarcado por la libre voluntad del testador. Así la Real Orden de 22 de julio de 1855: “S. M. la Reina (q. D. g.) se ha servido declarar que la manda pía forzosa quedó derogada, como la Real Orden de 27 de junio de 1838, a virtud de la Ley de 23 de mayo de 1845: debiendo recaudar lo que por atrasos hasta dicha época pertenezca a este objeto y lo que desde entonces y en lo sucesivo se destine a él por los testadores como legado voluntario, los recaudadores nombrados o que se nombren al efecto, y con el fin de que unas y otras cantidades se destinen siempre al objeto destinado por el testador”.³³

1.7 EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

El Proyecto de Código Civil de 1851, obra, genérica y generalmente, atribuida a Don Florencio García Goyena, recoge, en su artículo 611, las disposiciones testamentarias en favor del alma de una manera absolutamente novedosa en nuestro Derecho al afirmar que “La disposición universal o de una parte alícuota de los bienes que el testador haga a favor de su alma, sin determinar la aplicación, o simplemente para misas, sufragios, usos u obras-pías (sic), se entiende hecha a favor de los pobres en los términos del artículo anterior”.³⁴ Reconocía por tanto la existencia y la validez de las disposiciones a favor del alma pero, paradójicamente, trataba de eliminar o desnaturalizar el factor religioso que, por su misma esencia, debiera considerarse como inherente a la institución; apartándose por completo de la institución que *de facto* existía por reconocimiento consuetudinario, jurisprudencial y canónico.

Este precepto, a decir del propio García Goyena, en su obra “Concordancias, motivos y Comentarios del Código Civil Español,” tiene su origen en el artículo 808 del Código Civil sardo de 1838, que reputaba las disposiciones piadosas, realizadas por el testador sin designar su concreta apli-

sólo no hace ninguna referencia al carácter religioso de la misma, sino que incluso lo silencia al traer a colación el Decreto de 3 de mayo de 1811.

³³ Cfr. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. *Herencias en favor del alma en Derecho Español*. p. 177, nota. Madrid, 1944.

³⁴ Cfr. GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo II, p. 58. Madrid, 1852.

cación, como hechas a favor de los pobres del lugar de su domicilio. Encuentra su justificación, según sus propias palabras, en que “es tan honroso al testador como útil y humano³⁵”.

Sin dudar de la genuina intención de búsqueda del bien común en el principio que inspira este precepto, hago mía la opinión de GONZÁLEZ PORRAS³⁶ que entiende que la totalidad del Proyecto de Código de 1851 y, sin duda alguna, su artículo 611, deben ser enmarcados en la tendencia marcada por la Ley de 11 de octubre de 1820, dovela de la política estatal de liberación de bienes en manos muertas que afectó, históricamente y ante todo, a la Iglesia, además de a los mayorazgos y a los municipios.

En este sentido, es fundamental tener presente que, a juicio de DE CASTRO³⁷, las notas diferenciales del Proyecto de 1851 podrían resumirse en cuatro características: tendencia unificadora³⁸, moderadamente progresista, claramente afrancesado y decididamente liberal.

El carácter liberal del Proyecto, según DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, aparece manifestado en la regulación del derecho de la propiedad, de signo marcadamente individualista, y en la preocupación por consagrar la libertad de comercio y de libre circulación de los recursos, lo que conlleva el establecimiento de las mismas ideas en que se habían fundado las leyes desvinculadoras y desamortizadoras.

Así, aunque no haga mención a ello, cuando analiza el artículo 611 del Proyecto, el mismo GARCÍA GOYENA, al comentar, en la misma obra, lo recogido en el artículo 608, que negaba a las “manos muertas” la posibilidad de adquirir por testamento bienes inmuebles de ninguna especie y les obligaba a obtener una autorización especial del gobierno para la adquisición de bienes muebles³⁹, afirma, al exponer la influencia del artículo 910 del Código Civil Francés en la redacción de ese artículo, “*En los discursos 55 y 56 franceses se motiva el artículo 910 en los inconvenientes de la amortización, y en el interés de la sociedad y de las familias, para que el celo y la piedad no traspasen los justos límites; iguales fueron los fundamentos de nuestra citada ley*

³⁵ *Ibíd.* nota anterior.

³⁶ Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J.M. Comentario al artículo 747 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo X, Vol 1º. Madrid, 1987.

³⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, 11ª edición-2ª reimpresión, p. 53. Madrid, 2005.

³⁸ En su Disposición Final (artículo 1992) declara “*derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo*”.

³⁹ No obstante, en el artículo 609 del Proyecto se suaviza este régimen para algunas de esas manos muertas, a saber: establecimientos de hospitalidad, beneficencia o instrucción pública.

de setiembre⁴⁰: iguales fueron los alegados en todos tiempos y países contra la amortización eclesiástica; de modo que es materia ventilada hasta la saciedad y ya agotada”.

No obstante lo anterior, y para hacer justicia al proyecto de 1851, es preciso traer a colación una sorprendente circunstancia que el propio García Goyena narra en el mismo comentario sobre el artículo 608: la redacción original de los artículos 608 y 609 del Proyecto fue modificada por la sección de la Comisión codificadora, en los siguientes términos:

- i. Se admitía que las manos muertas pudiesen adquirir, previa autorización del gobierno, bienes inmuebles. Como contrapartida, tendrían la obligación de venderlos, dentro de un término prefijado realizándose la venta con la intervención y aprobación del gobierno.
- ii. Se establecía la obligación de imponer el precio obtenido en la venta en censos, fondos o en otros efectos públicos, siempre con la intervención y aprobación del gobierno.

Según García Goyena, *“esto fue lo acordado; y sólo por olvido u omisión han podido estamparse estos artículos, tales como estaban en su primitiva redacción: de todos modos esta materia deberá ya regirse por el reciente Concordato, si llega a ponerse en ejecución”.*

Situación curiosa, sin ningún género de duda. Pero resulta, todavía más curiosa, la explicación que nos da Don Florencio, ya que nos pone sobre la pista de dos asuntos que, sin duda, nos vamos a encontrar en el desarrollo del presente trabajo. En primer lugar, llama la atención el hecho de que la materia que, a priori, se refiere a las manos muertas en conjunto se rija en su totalidad por lo previsto en el Concordato, por lo que hemos de deducir –aún siendo un poco mal pensados– que las restricciones impuestas a la adquisición de bienes no afectarían de la misma manera a todas las llamadas manos muertas. En segundo lugar, es llamativa, por profética, la subordinada condicional: “deberá ya regirse por el reciente Concordato, si llega a ponerse en ejecución”. Efectivamente, la aplicación del Concordato de 1851 puede calificarse, cuanto menos, como azarosa.

1.8. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1882

Partiendo de la situación anterior y, atendiendo a lo comentado por GARCÍA GOYENA, una vez desaparecida la prohibición de las adquisiciones

⁴⁰ A falta de cualquier documento fehaciente y fidedigno que acredite la errata, dado que no se ha encontrado ninguna Ley de septiembre de 1820 sobre esta materia, hemos de entender que se refiere a la Ley de 11 de octubre de 1820, ya citada, que en su artículo 11 ya había prohibido adquirir bienes inmuebles por testamento a las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, y, en general, a todas las llamadas manos muertas.

por parte de la Iglesia, en virtud de lo recogido en el artículo 41 del Concordato de 1851⁴¹, no existía ya óbice alguno para dar cabida y efectividad a las disposiciones testamentarias a favor del alma.

Este factor, sumado a la corriente que abogaba por un retorno a las instituciones del “Derecho Patrio clásico”, –sobre la que se tratará en este apartado, ya que rigió como principio informador en la actuación de la comisión codificadora– parecen conformar la más plausible explicación a que la institución *in bonum animae* aparezca regulada en el Anteproyecto de Código Civil español de 1882 en unos términos que poco tenían que ver con los previstos en el Proyecto de García Goyena.

Se acoge la denominación utilizada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁴², ya que entendemos que, la utilización del nombre “Proyecto de Código Civil de 1882”, puede propiciar la confusión con el Proyecto de Código Civil presentado a las Cortes el 24 de abril de 1882, proyecto que sólo abarcaba el Título Preliminar “*de las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación*”; y los Libros I “*De las personas*” y II “*De la división de las cosas y de la propiedad*”, dentro de los cuales no tenía cabida la regulación de las disposiciones testamentarias en favor del alma. Confusión que por cierto, tal y como señala el citado autor, se había venido produciendo, incluso entre la más reputada doctrina civil, hasta que en el año 1960 fue hallado en la Biblioteca del Ministerio de Justicia el texto íntegro de uno de los ejemplares del Anteproyecto que, presumiblemente, fue imprimido para uso de los vocales de la Comisión de Codificación. Dicho ejemplar, consta de seis fascículos conteniendo el primero el Libro I y el segundo el Libro II, correspondiéndose ambos con los contenidos en el citado proyecto de 24 de abril de 1882. El tercero contiene el Libro III “*De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación.- Donación.- Sucesiones*”. Finalmente, los fascículos cuarto, quinto y sexto contienen el Libro IV “*De las obligaciones*”.⁴³

Pues bien, el Libro III del Anteproyecto, que fue remitido a los miembros de la Comisión Codificadora el 12 de diciembre de 1884, urgiéndoles a manifestar las observaciones que les sugiriera, contenía, en su artículo 744, una regulación prácticamente idéntica a la recogida en el artículo 747 del Código

⁴¹ Vid. apartado 4.4.

⁴² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*.

⁴³ Los fascículos quinto y sexto, que, como se ha señalado, contienen la continuación del Libro IV, llevan por título en sus portadas, respectivamente “*Proyecto de Código Civil. Libro cuarto (continuación) Contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio.- Compra y venta.- Permuta;*” y “*Proyecto de Código Civil. Libro cuarto (conclusión) Arrendamiento – Censo – Sociedad – Mandato – Préstamo – Depósito – Contratos aleatorios – Transacciones y compromisos – Fianza – Prenda – Obligaciones que se contraen sin convención – Concurrencia y prelación de créditos – Prescripción*”.

Civil vigente: “*Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios u obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad a la autoridad administrativa correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto y en su defecto a los de la provincia*”.⁴⁴

No disponemos de fuentes que expliquen el porqué de esta formulación y de la drástica separación tanto de lo establecido por el Proyecto de 1851, como de la tradicional institución en beneficio del alma, propia del Derecho patrio, cuya evolución se ha ido exponiendo a lo largo de los apartados anteriores. Esta situación nos sitúa ante un campo realmente interesante para sumergirse en el trabajo de investigación.

No obstante, es llamativo el somero y tajante análisis⁴⁵ realizado por MANRESA y NAVARRO, que fue miembro de la comisión encargada de redactar el Anteproyecto, al comentar el artículo 747 del vigente Código Civil, quien parece dar por hecho que la inclusión de tal precepto en el Código Civil era del todo incuestionable: “*El proyecto de Código de 1851, en su art. 611, inspirándose, en el fondo, en el art. 808 del Código sardo, establecía que la disposición universal de una parte alícuota de los bienes que el testador hiciera en favor de su alma sin determinar la aplicación, o simplemente para misas, sufragios, usos ú obras pías, se entendía hecha a favor de los pobres en los términos del artículo 610, y aunque el ilustre comentador de dicho proyecto considera tan honroso para el testador como útil y humano el principio que informó dicho precepto, fácilmente se comprende que no podía prosperar dicho criterio en absoluto; y por eso, en el 1882 –sic– no fue reproducido, disponiéndose en su art. 744 literalmente lo mismo que en el presente*”.⁴⁶

Esta opinión, así como la inclusión de este artículo tanto en el Anteproyecto como –con una ligerísima variación– en el Código civil de 1889 puede encontrar su explicación en el cambio de enfoque a la hora de llevar a cabo la labor de codificación civil en España. Tal enfoque, aparecerá refleja-

⁴⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)* p. 237.

⁴⁵ Me parece importante señalar que, a mi juicio, es igual de llamativa la ausencia de motivos explícitos para censurar el Proyecto de 1851 como la carencia también de argumentos para explicar el porqué de la redacción del artículo 747. MANRESA, efectivamente, da por hecho que han de reconocerse las disposiciones testamentarias en beneficio del alma, parece que atendiendo al peso de la tradición jurídica castellana. Pero igual que calla los motivos de la inclusión, silencia los motivos de una redacción que no tiene parangón en la tradición jurídica castellana, ni se ajusta a lo dispuesto por el Concilio de Trento, vigente en ese momento, tal y como se explica en el apartado 4.2.

⁴⁶ Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo VI, p. 21. Madrid, 1911.

do en la primera base de la Ley de 11 de mayo de 1888, a tenor de la cual, el objetivo del proceso codificador no es una renovación del Derecho español sino regularizar, aclarar y armonizar los preceptos legales, recogiendo las enseñanzas aportadas por la doctrina en la solución de las cuestiones prácticas y atendiendo a las nuevas necesidades que habían ido apareciendo en esa práctica. Pretendía partirse del Proyecto de 1851 en cuanto en él se encontrase contenido el sentido y capital pensamiento del Derecho histórico español. La premisa era por tanto acudir a la tradición jurídica patria –básicamente al Derecho Castellano, aunque sin olvidar algunas instituciones propias de Derecho Foral– procediendo la incorporación de novedades sólo en aquellos casos en los que las mismas tuvieran un fundamento científico y hubieran recibido la común aprobación por parte de los jurisconsultos nacionales. Acogiendo esta idea, parece razonable la existencia de un precepto como el artículo 747 del Código Civil que positiviza lo que en ese momento –tras la desaparición de las mandas pías forzosas– era una arraigada costumbre. Costumbre secular, que hundía sus raíces en la Alta Edad Media y había tenido presencia en la normativa histórica. Sin olvidar su unánime aceptación por parte de la jurisprudencia.

No obstante lo anterior, a mi juicio, no puede perderse de vista que la redacción del artículo 747 del Código Civil vigente, supone un retorno “a medias” a la tradición jurídica castellana. Fundamento esta opinión en el hecho de que, pese reconocer las disposiciones testamentarias en beneficio del alma, su concreta regulación es completamente novedosa y carece de cualquier precedente. Entiendo, que al igual que ocurría con el Anteproyecto de 1851, no puede entenderse la redacción del artículo 747 si no se tiene en cuenta la realidad social de la época: doctrinas regalistas, disputas entre Iglesia y Estado, procesos desamortizadores y desvinculadotes, ideología profundamente liberal... Son el caldo de cultivo contextual en el que va a ver la luz ese precepto. Y me parece fundamental atender a este contexto para comprender la verdadera significación y relevancia del artículo 747 del Código Civil, cuyo contenido se analiza en los apartados siguientes.

2. DOCTRINA CIVIL

2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Así llegamos al objeto principal de nuestro estudio. Tal y como manifiesta MANRESA y NAVARRO, la redacción del artículo 744 del Anteproyecto de 1882 pasó, casi literalmente, a integrar el artículo 747 de nuestro Código Civil. Las únicas novedades reseñables son, por una parte, el hecho de haber

sustituido en su redacción la mención a “la autoridad administrativa competente” por la concreta referencia al gobernador civil; y, por otra, la sustitución del disyuntivo “u obras piadosas” por la copulativa “y obras piadosas”. El precepto legal queda, por tanto, redactado de la siguiente manera: “*Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad a la Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, a los de la provincia*”.

La posibilidad de que el alma del testador aparezca como beneficiaria de las disposiciones testamentarias está recogida en el Código Civil de 1889 en diversas ocasiones, no siendo el artículo 747 el único exponente de la misma.

Así, el artículo 196, en su párrafo tercero, exime a las mandas piadosas, en sufragio del alma del testador, del plazo de cinco años fijado para la entrega de los legados en los supuestos de declaración de fallecimiento; y el artículo 902.1º, al establecer las facultades de los albaceas, en caso de que éstas no hubieran sido determinadas por el testador, determina que éstos dispondrán y pagarán los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento. Si tomamos en consideración, además de las referencias a las disposiciones pro ánima en sentido estricto, las disposiciones testamentarias realizadas a favor de obras piadosas o bien en beneficio de los pobres o de establecimientos benéficos, además de los citados artículos 196 y 902, hemos de traer a colación, como “contenedores” y reguladores de tales disposiciones, los artículos 671, 749 o 956 de nuestro Código Civil.

2.2 CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 747 DEL CÓDIGO CIVIL

Para comprender el verdadero alcance del artículo 747 es necesario ponerlo en relación no sólo con los que con él conforman la sección 1ª del capítulo II, del Título III, del Libro III del Código Civil, relativa a la capacidad para suceder por testamento y sin él, sino también con los referentes a la institución de heredero. Tampoco pueden perderse de vista los preceptos relativos al nacimiento y extinción de la personalidad civil, ya que son éstos los que regulan los supuestos determinantes de la existencia, o no, de una relación sucesoria: existencia, subsistencia o supervivencia en el momento de la apertura de una sucesión.

Partiendo de estas premisas nos encontramos con una serie de particula-

ridades que deben ser consideradas capitales a la hora de estudiar y comprender el artículo 747 del Código Civil, su contenido y su relación con la normativa básica en materia de sucesiones contenida en el propio Código. Se destacan los siguientes aspectos:

- i. El artículo 747 no choca con la prohibición de disponer a favor de persona incierta, prevista en el artículo 750, al ceder esta prohibición ante la finalidad buscada por el testador, que es la ley suprema que debe regir en toda sucesión, ya que la determinación del testador de disponer en beneficio del alma no puede, en ningún caso, ser considerada contraria a la Ley. El artículo 747 simplemente vendría a establecer una norma –heredera de la costumbre y de la jurisprudencia anterior– cuya única finalidad es la de liquidar el caudal hereditario, o parte del mismo, presumiendo la voluntad del testador.
- ii. De modo similar, en contra de lo que afirma BONEL y SÁNCHEZ,⁴⁷ no existe contradicción entre lo establecido en el artículo 747 ni con la prohibición de instituir herederos de confianza ni con la naturaleza personalísima del testamento ya que, como afirma MANRESA y NAVARRO apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1899, el artículo 671 faculta para que se encomiende a un tercero la distribución de las cantidades que el testador deje, en general, a una clase determinada; lo que vendría a “revalidar” lo previsto en el artículo 747.
- iii. Sólo cabe aplicar el artículo 747 del Código Civil cuando nos encontremos ante una disposición testamentaria realizada en beneficio del alma del testador. No tendrían cabida en el campo de aplicación de este artículo las disposiciones realizadas a favor de los pobres o de obras benéficas, instituciones éstas que poseen su propia regulación.
- iv. El artículo 747 entra en juego solamente en el ámbito de la sucesión testada. Es esta opinión unánime en la doctrina y así parece desprenderse claramente de la redacción literal del precepto, aunque, paradójicamente, se encuentre ubicado en una sección del Código que lleva por

⁴⁷ Este autor, nada partidario de esta institución, en su edición del Código Civil afirma al referirse al artículo 747 “... pero aun fiando, como fiamos mucho en la recta conciencia de los encargados de realizar la ejecución de esta última y tan anómala disposición de los bienes, no podemos menos que notar una contradicción palmaria entre el precepto de este artículo y los que del mismo Código prohíben en absoluto los heredamientos de confianza, y hasta contradice de modo palpable y pugna con el sentido que debe darse a los artículos 670 y 671 de este mismo Código, pues si el testamento es un acto personalísimo, y en esto nos fundamos para rechazar los testamentos de confianza y los fideicomisos, no se comprende como ha de prevalecer un testamento en el que se dispone de los bienes de una persona indeterminadamente, y mucho menos que esos bienes relictos al fallecimiento del que de modo tan extraño expresó su última voluntad vengan a distribuirse en la forma que previene el art. 747 (...)”.

rúbrica “de la capacidad para suceder por testamento y sin él”.

v. Es de aplicación tanto en aquellos supuestos en los que disposición en beneficio del alma se haga en forma de legado, como en las disposiciones que afecten a la totalidad del caudal hereditario.

vi. Tiene carácter supletorio, ya que sólo será de aplicación en aquellos supuestos en los que el testador, instituyendo como heredera al alma, disponga indeterminadamente y sin especificar cuál ha de ser la concreta aplicación de la totalidad o parte de los bienes. Es decir, el artículo 747 sólo entra en juego en aquellos supuestos en los que el testador no señala ni concreta en qué actos u obras, que redunden en beneficio de su alma, han de aplicarse sus bienes. Se trata, por tanto, de una norma meramente interpretativa que entrará en juego sólo en aquellos casos en los que la voluntad del testador no sea manifiesta en lo tocante al destino que ha de darse a los bienes de los que disponga en beneficio de su alma.

2.3 ESTUDIO DE LA DOCTRINA CIVIL SOBRE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 747 DEL CÓDIGO CIVIL

i.- El alma como heredera.

Una cuestión que se ha planteado no sólo en la doctrina sino también, como veremos más adelante, en la jurisprudencia es, si en las disposiciones a favor del alma, ésta debe ser considerada heredera. La respuesta por parte de la doctrina, ha sido casi unánime⁴⁸ –puede mencionarse como voz aislada la opinión de COELLO GALLARDO– negando tal posibilidad. Esta negativa se basa en que el alma, al no poder ser considerada persona a efectos civiles, no puede, per se, poseer capacidad para suceder; considerando que cualquier otra interpretación no deja de ser una ficción insostenible y, como afirmó SÁNCHEZ ROMÁN, “*hasta tal extremo no puede llevarse el convencionalismo de las ficciones jurídicas, ni siquiera es necesario para reconocer eficacia a esas disposiciones mortis causa en beneficio del alma violentar de tal suerte los principios del orden puramente jurídico y las leyes que lo regulan en una legislación determinada*”⁴⁹.

De esta forma se llega a la conclusión de que el contenido del artículo 747 del Código Civil se limita a recoger criterios para distribuir bienes dispuestos mortis causa para un destino, el beneficio del alma, que ha sido suficiente

⁴⁸ MANRESA NAVARRO, MUCIUS SCAEVOLA, CASTÁN TOBEÑAS, PUIG BRUTAU, PUIG PEÑA, Díez-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA.

⁴⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de Derecho Civil e Historia General de la Legislación Española*, T. VI, Vol. I. Reimpresión facsímil de la edición de Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1910, Pamplona, 2008, p. 245.

expresado por el causante en su testamento. Y tal expresión por parte del testador, atendiendo a los criterios de interpretación de las normas contenidos en el artículo 3.1 del Código, es por sí misma suficiente para evitar el ab intestato aún dejando indeterminada la concreta aplicación de los bienes dispuestos.

Esta conclusión, aunque clara y, aparentemente evidente, genera un problema en cuanto a que la doctrina entiende que en toda herencia existe un heredero, ya sea por disposición testamentaria o por determinación legal. Contra esta situación vendría a chocar el artículo 747 que, como hemos visto, no recoge un supuesto de institución del alma como heredera. Esta problemática ha sido afrontada por la doctrina de dos maneras diversas:

- i. Entendiendo que la institución del alma como heredera equivale a disponer a favor de la Iglesia o de establecimientos de beneficencia sub modo, para que, con los bienes recibidos, celebren sufragios u oraciones a favor del alma del testador o para que procedan a invertir lo recibido en atender los fines benéficos de las instituciones favorecidas; distribuyendo los bienes objeto de disposición de conformidad con lo previsto en el artículo 747 del Código Civil en caso de no existir previsión al respecto por parte del testador. (ROYO MARTÍNEZ) Esta doctrina, como se verá más adelante, no ha sido acogida.
- ii. Entendiendo que, ya que el artículo 747 no auspicia una situación tradicional y típica de sucesión propia de Derecho Romano, en la que la herencia es la institución de la continuidad patrimonial y en la que el heredero se sitúa en lugar del de cuius, sino que nos encontramos ante un escenario donde no concurren herederos sino destinatarios de un valor económico, es perfectamente razonable entender tal institución como herencia en el sentido económico de liquidación del caudal relicto, propio de los sistemas de Common Law. (PUIG BRUTAU, DíEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, MARTÍNEZ PEREDA).⁵⁰

La imposibilidad de que el alma del testador pueda ser considerada como heredera o legataria ha provocado que, en algunas ocasiones, pretendiendo explicar el contenido del artículo 747 del Código Civil, se hayan planteado posiciones doctrinales forzadas y que no se pueden admitir. En los apartados sucesivos, siguiendo a GONZÁLEZ PORRAS se analizan estas opiniones y se justifica su rechazo.

ii.- Autosucesión.

No se puede mantener que el supuesto previsto en el artículo 747 del Código Civil, en el que se produce una disposición en favor de la propia alma

⁵⁰ Todos ellos citados en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. Comentario al artículo 747 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Tomo X, Vol 1º. Madrid, 1987.

del difunto, sea un caso de autosucesión. Tal figura es del todo inadmisibles, atendiendo a la regulación que de la capacidad para suceder contiene el Código Civil, y al hecho de ser la muerte causa de extinción de la personalidad civil, lo que hace inviable la subsistencia de la mera noción de capacidad jurídica.

iii.- El artículo 747 como institución o legado sub modo.

Tampoco es oportuno acudir a la figura del legado sub modo para explicar el contenido del artículo 747. No podemos olvidar que, el modo, es una determinación accesoria de la voluntad, añadida a un acto de liberalidad, por la cual un sujeto beneficiado por una atribución queda obligado a realizar una prestación a favor del atribuyente o de un tercero. Es decir, y en el caso de una institución o legado, es imprescindible la existencia de un favorecido por la institución o legado y otra encargada de dar cumplimiento a la atribución. No es admisible, por tanto, acudir a esta figura para llegar a comprender el contenido del artículo 747 de Código Civil, precepto que, como se ha expuesto, no implica la existencia de heredero o legatario. De la misma manera, el hecho de ser el modo una atribución accesoria en el contexto de una disposición testamentaria, exige, en sí mismo, la existencia de heredero, motivo por el que tampoco puede calificarse el artículo 747 como disposición modal.

iv.- Sustitución fideicomisaria.

La ausencia de heredero también es el motivo por el cual el artículo 747 del Código Civil no puede ser explicado como un supuesto de sustitución fideicomisaria, en la que se nombra un heredero -llamado fideicomisario- para que reciba todo o parte de la herencia después de un heredero que la ha recibido en primer lugar -fiduciario- a quien, normalmente, se impone la obligación de conservar la herencia para transmitirla al fideicomisario. Tal opinión ha sido también acogida por la jurisprudencia.⁵¹

2.4. ESTUDIO DE LA DOCTRINA CIVIL SOBRE ALGUNAS CUESTIONES QUE SE PUEDEN PLANTEAR EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 747 DEL CÓDIGO CIVIL

i.- El testador se limita a instituir heredera al alma.

Es criterio generalmente admitido por la doctrina civil, entre otros CASTÁN TOBEÑAS, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, que, en el supuesto en el que el testador se limita a disponer, única y exclusivamente, que instituye heredera al alma, entra en juego, como norma supletoria y

⁵¹ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de febrero de 1911 estima que un albaceazgo constituido por una sucesión de personas que desempeñan el cargo no es un fideicomiso y que **al tratarse de una institución a favor del alma no son aplicables los artículos 781 y 785 del Código Civil** que contienen, respectivamente, la definición y límites de la sustitución fideicomisaria y una enumeración de supuestos en los que las sustituciones fideicomisarias no surtirán efecto.

complementaria, el artículo 747 del Código Civil. Responde tal opinión a que, una vez establecida la voluntad del testador de disponer a favor del alma, independientemente de que añada que los bienes han de destinarse a sufragios y obras piadosas, la finalidad a la que han de destinarse tales bienes queda señalada por la Ley.

ii.- El testador dispone en beneficio del alma sólo para sufragios o sólo para obras piadosas.

No existe unanimidad en la doctrina a la hora de abordar el caso en el que el testador dispone, en beneficio del alma, todo o parte de sus bienes bien sólo para sufragios o sólo para obras piadosas.

Así algunos autores (CASTÁN TOBEÑAS, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS) entienden que si el testador dispone de sus bienes sólo para sufragios y misas, los albaceas sólo están obligados a entregar los bienes o lo obtenido de su realización al Diocesano, no siendo parte en el reparto el Gobernador Civil. Contrario sensu, el Diocesano no recibiría nada de los albaceas en aquellos casos en los que el testador, instituyendo heredera a su alma, disponga de todos o parte de sus bienes única y exclusivamente para obras benéficas o piadosas. No obstante lo anterior, estos autores entienden que aún disponiendo el testador para sufragios por su alma, dicha disposición no excluye las obras pías, por considerar éstas también suponen sufragio en beneficio de la misma. Estas posiciones encontrarían su fundamento en el principio de la voluntad del testador como ley suprema de la sucesión y en la obligación de atenerse a la literalidad del testamento, de conformidad con lo establecido en el artículo 675 del Código Civil⁵². En palabras de SÁNCHEZ ROMÁN: *“hay que estar antes a lo que resulte claramente de testamento, que a lo ordenado en artículo 747 del Código, cuya fórmula es tan sólo para el especial y expreso supuesto que lo inspira y a que provee, o, a lo sumo, para falta de claridad o precisión en el testamento, pero nunca para hipótesis contraria a la prevista por el testador, dado que su voluntad es la ley suprema en este punto, a la cual ha de subordinarse el artículo 747, considerándole siempre de estricta interpretación y como subsidiario o complementario de aquella voluntad”*.⁵³ GONZÁLEZ PORRAS, considera válida esta teoría y trae a colación para

⁵² Como argumento que sustenta esta opinión doctrinal se ha acudido también a la Real Orden de 31 de mayo de 1894 que afirma: *“(…) el significado en las últimas voluntades de la palabra sufragio no da lugar a duda alguna, ya que todos conocen el valor y expresión de tal palabra o locución, que no es ni pueden ser otros que un acto religioso ejercitado en un lugar sagrado, tales como aniversarios o cabos de año, responsos, novenas, funciones religiosas, etc., con aplicación por el alma de los testadores que los ordenaron”*.

⁵³ SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de Derecho Civil e Historia General de la Legislación Española*, T. VI, Vol. I. Reimpresión facsímil de la edición de Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1910, Pamplona, 2008, pp. 627 y ss.

profundizar más en su argumentación, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1925 y de 26 de noviembre de 1974.⁵⁴

Sin embargo, LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA no consideran oportuno entregar la totalidad de los bienes al Diocesano en aquellos supuestos en los que el testador, instituyendo heredera al alma, disponga de los bienes sólo para misas y sufragios ya que, en su opinión, la institución del alma no excluye las obras pías, que también suponen un sufragio de aquélla. Sin olvidar que, a su juicio, si estas disposiciones a favor del alma, son válidas y se mantienen, pese a que no existe heredero, por aplicación del artículo 747, es obligado que las consecuencias de esa disposición sean las que determina el mismo precepto.

iii.- Cuestiones sobre el albacea.

El artículo 747 del Código Civil da por supuesto que el testador ha nombrado albacea para que se encargue de dar cumplimiento de su última voluntad. Atendiendo a la naturaleza y a las características de la figura del albacea⁵⁵ esta disposición hace surgir una serie de cuestiones que se analizan a continuación:

⁵⁴ STS 26 de noviembre de 1974 (RJ Aranzadi 1974\4490), Primer Considerando: *“Que como reiteradamente tiene declarado esta Sala, la interpretación de los negocios jurídicos, al ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes contenidas, en el acto jurídico, sin limitarse al contenido aparente e inmediato que resulte de las palabras ; y esta tesis, que alcanza especial relieve y aplicación cuando se trata de declaraciones de voluntad no recepticias, cual lo es el testamento, está sustancialmente acogida por el art. 675 del CC, que concede notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, sin perjuicio de prescribir -en razón a que ha de suponerse que las palabras, por lo general, exteriorizan y reflejan fielmente la voluntad- que debe el intérprete atenerse al sentido textual, siempre que la intención no aparezca contraria o, lo que es igual, siempre que el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de suerte que basta la simple lectura para colegir por medio inequívoco el propósito e intención del testador; no pudiendo los elementos llamados usualmente gramatical, lógico y sistemático aislarse unos de otros, ni ser escalonados como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que medios o instrumentos que el intérprete ha de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario(...)”*.

⁵⁵ Claramente excede al objeto del presente trabajo analizar la figura del albacea, no obstante se facilita un esbozo de la naturaleza y características de tal figura (regulada en los artículos 892 a 911 del Código Civil) a fin de facilitar la comprensión por parte del lector de las cuestiones que a continuación se plantean y que afectan a la visión del artículo 747 obtenida desde el prisma del albacea. Así, parece conveniente recordar que el albacea es la persona llamada por el testador para ejecutar su última voluntad y lo dispuesto en el testamento. Puede ser una única persona o una colectividad mancomunada o solidariamente o, incluso, de forma sucesiva en el tiempo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado al albacea como mandatario *post mortem*, planteamiento este que la doctrina no acoge con buenos ojos basándose en que, precisamente, una de las características del mandato es su extinción cuando se produce la muerte del mandante. Sin olvidar que, además, el mandatario no puede hacer nada que no pueda ser hecho por el mismo mandante. En fin, si el testador no ha designado las facultades que tiene el albacea, éste poseerá las establecidas en el artículo 902 del Código, entre otras: pagar sufragios y funeral, satisfacer legados en metálico y vigilar la ejecución de la voluntad del testador.

- Es muy posible, dado el contenido del artículo 747, que se produzca el caso de disposiciones en beneficio del alma, a la que se instituye como heredera, sin dar más explicaciones y sin nombrar albacea. Tal situación plantearía el problema de saber quién ha de ser el encargado de la realización y disposición de los bienes de conformidad con lo previsto en el 747 del Código Civil. Varias han sido las respuestas planteadas por la doctrina. Así, para MUCIUS SCAEVOLA en tales supuestos procedería el juicio de testamentaria, en el que la representación del alma, y la salvaguarda de sus intereses, correspondería al Ministerio Fiscal. Para LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA en este supuesto bien podría aplicarse analógicamente lo establecido en el artículo 749.2 del Código Civil⁵⁶; a tenor de lo cual la realización y distribución de los bienes correspondería al Párroco, Alcalde o Juez municipal del domicilio del testador; o bien procedería entender que la distribución de los bienes objeto de la disposición o legado correspondería al Diocesano y al Gobernador Civil correspondientes, ampliando las atribuciones que les otorga el propio artículo 747. En fin, otros autores (MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, CASTÁN TOBEÑAS, ROYO MARÍN, GONZÁLEZ PORRAS) entienden que, ante tal supuesto, procedería el nombramiento de albacea dativo⁵⁷. Tal criterio también fue acogido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de diciembre de 1888.
- Al encontrarnos ante supuestos en los que el testador se limita a instituir por heredera a su alma, sin especificar la concreta aplicación de los bienes, resulta que, en estos casos, el albacea no cumple la voluntad concreta del testador —que falta por principio y si así no fuera, como ya se ha indicado con anterioridad, no sería de aplicación el artículo 747—. Nos encontramos, por tanto, con un albaceazgo particular en el que el

⁵⁶ Art. 749 CC: “Las disposiciones hechas a favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas a los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran. Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes a favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado”.

⁵⁷ Tal figura, que no existe como tal —según GONZÁLEZ PORRAS sólo es admisible hablar de albacea dativo como licencia del lenguaje— podría definirse como el ejecutor testamentario nombrado por la autoridad competente —en Derecho Común el juez desde el Decreto de Unificación de Fueros de 1868— cuando no se haya producido designación o cuando lleguen a faltar los designados por el de *cuius*, sin que se haya cumplido su postrera voluntad. Según la RDGRN de 3 de diciembre de 1901, el albacea dativo es un administrador judicial, por lo que su intervención da lugar a una situación de herencia en administración.

ejecutor testamentario no cumple la voluntad del testador, que falta, sino que se limita a aplicar las reglas que establece el propio 747 del Código Civil, que viene a suplir tal falta de voluntad expresa del testador.

- Una de las funciones que asigna el artículo 747 al albacea, para dar cumplimiento a la voluntad presunta del testador, es la venta de los bienes objeto de la disposición en beneficio del alma para, a continuación, realizar la segunda función que le encomienda la Ley: distribuir el importe obtenido entre el Diocesano y el Gobernador Civil. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la obligación fundamental es la segunda, es decir, la distribución del patrimonio de conformidad con lo previsto en el propio artículo, por lo que es admisible y posible la adjudicación de los mismos bienes, si con esto se cumple la voluntad del testador, no considerando, por tanto, la venta como obligatoria.

iv.- Distribución de los bienes cuando el testador no es católico.

Según GONZÁLEZ PORRAS el artículo 747 se limita a recoger una milenaria tradición católica y, a su juicio, tras la regulación del principio de igualdad operada en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978, las instituciones a favor del alma han de entenderse en sentido amplio, lo que a su juicio significa que, sin ninguna duda, cuando la institución en favor del alma sea realizada por un testador no católico, la referencia al Diocesano contenida en el 747 ha de entenderse realizada a quien corresponda, de acuerdo con las creencias religiosas del testador.

Volveremos sobre esto al redactar las conclusiones del presente trabajo, pero, aún no siendo el lugar, no podemos resistirnos a adelantar que no compartimos esta afirmación en absoluto. Los motivos de este desacuerdo se apuntarán en el lugar oportuno.

v.- Atenciones y necesidades de la Iglesia.

Terminamos este paseo por la doctrina civil fijándonos en el final del texto del artículo 747. Ha llamado la atención de la doctrina el hecho de que en su primera parte se refiera sólo a sufragios y obras piadosas en beneficio del alma, mientras en su final se refiere no sólo a ellas sino que faculta al Diocesano a destinar la parte que perciba de los albaceas no sólo a los citados sufragios, sino también a las atenciones y necesidades de la Iglesia. SÁNCHEZ ROMÁN y MUCIUS SCSCAEVOLA, consideran que tal mención supone una cierta incoherencia ya que consideran que las atenciones y necesidades temporales de la Iglesia no caben dentro de los sufragios. Por el contrario, para GONZÁLEZ PORRAS supone una repetición del único sentido que tienen estas disposiciones: el bonum animae y, a su juicio, las atencio-

nes y necesidades de la Iglesia son tanto los actos de culto como otros fines sociales y asistenciales realizados por la misma, que, en sentido amplio, si tienen cabida dentro de los beneficios del alma.

2.5. LAS DISPOSICIONES EN FAVOR DEL ALMA EN LOS DERECHOS FORALES

Además de en la legislación común, las disposiciones en favor del alma aparecen reguladas en algunos de nuestros Derechos Forales. Realizamos un somero análisis de las mismas, aunque como se verá, la relación que mantienen con la regulación contenida en el artículo 747 del Código Civil es, en la mayoría de los casos, de mera similitud en la materia regulada, sin poder establecer paralelismos ni remarcar coincidencias por el distinto enfoque a la hora de tratar estas disposiciones.

i.- Aragón.

La Ley 1/1999, de 24 de enero, de la Comunidad Autónoma de Aragón, de Sucesiones por Causa de Muerte, en su artículo 158, bajo la rúbrica “disposición a favor del alma o a favor de los pobres,” —que no tiene precedente alguno en la antigua Compilación del Derecho Civil de Aragón⁵⁸— establece que los bienes objeto de disposición para sufragios y obras pías, cuando tal disposición haya sido realizada de modo indeterminado y sin especificar su concreta aplicación, se ofrecerán por los albaceas a las instituciones beneficiarias. Si alguna de éstas declinara el ofrecimiento en especie, los albaceas procederán a la venta de los bienes, debiendo entregar la mitad del importe obtenido en la venta, a la Iglesia o confesión religiosa legalmente reconocida a la que pertenecía el causante, para que los destine a los indicados sufragios y para atender sus necesidades. La otra mitad del precio de la venta deberá ser entregada a la Diputación General de Aragón, debiendo ésta destinarlo a fines benéficos en la población o comarca correspondiente al domicilio del difunto o de alcance más general. Termina el párrafo primero del citado artículo aclarando que si el disponente pertenecía a una Confesión religiosa no reconocida legalmente, la mitad que le habría correspondido acrecerá a la Diputación General.

ii.- Cataluña.

El Derecho Civil especial de Cataluña, pese a no regular explícitamente

⁵⁸ Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón. La única disposición contenida en esta Ley de carácter “benéfico” en el contexto del Derecho sucesorio era el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, que nada tenía que ver con la disposición prevista en el artículo 158 de la Ley 1/1999 por no articularse como institución en beneficio del alma y por regir en el ámbito de la sucesión intestada: “En los supuestos del artículo anterior —sucesión no troncal—, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o provincial de Zaragoza heredará abintestato a los enfermos que fallezcan en él, o en establecimientos dependientes, sin dejar cónyuge ni parientes en línea recta o colateral hasta el cuarto grado”.

las disposiciones a favor del alma, las admite, sin ningún género de dudas, al referirse a ellas en distintos preceptos contenidos en su legislación particular.

Así, la antigua Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña –Ley 40/1960, de 21 de julio– encargaba a los albaceas el cumplimiento de los modos y píos sufragios ordenados por el testador. Además, una vez cumplido su encargo, a tenor de lo recogido en el artículo doscientos treinta y ocho, tratándose de causas pías debían rendir cuentas de su cumplimiento ante el Ordinario de la diócesis, quien –vacante el albaceazgo– era competente para la designación del mismo, siempre que el encargo mandado por el testador tuviera carácter piadoso⁵⁹. De igual forma, el diocesano era el encargado, a solicitud de los interesados, de requerir al albacea y establecer un plazo, para el cumplimiento de las mandas pías, cuando el testador no hubiese fijado plazo y no se hubiesen cumplido en un año.

La también derogada Compilación de Derecho Civil de Cataluña –Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña– mantiene la obligación de los albaceas de dar cumplimiento a los píos sufragios ordenados por el testador. Sin embargo, desaparece la obligación de justificar su cumplimiento ante el Ordinario de la diócesis, así como la potestad de éste para el nombramiento de albaceas dativos⁶⁰ y la competencia para requerir el cumplimiento por parte del albacea.

El Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, de Cataluña, mantiene, la regulación referida a los albaceas y a su obligación de dar cumplimiento a los sufragios píos ordenados por el testador. Pero lo importante de esta Ley, en lo tocante a las disposiciones testamentarias a favor del alma, es la novedad contenida en su artículo 163: *“Los bienes objeto de disposición para sufragios y obras pías, cuando se haya hecho indeterminadamente y sin especificar su aplicación, serán vendidos. La mitad del importe corresponderá a la iglesia o confesión religiosa legalmente reconocida a la que pertenecía el causante, para dichos sufragios y para atender sus necesidades, y la otra mitad corresponderá a la Generalitat de Cataluña, para que los destine a fines benéficos del domicilio del difunto o de alcance más general. Si el*

⁵⁹ Estas disposiciones, que acompañan a la institución del ejecutor testamentario desde su nacimiento en Derecho Romano tardío, poseen un amplio arraigo en el Derecho Catalán, teniendo muchas de ellas su origen en la Concordia entre Jaime II y Poncio, obispo de Barcelona, de 27 de septiembre de 1315.

⁶⁰ Esta secularización del nombramiento de albaceas dativos en el Derecho común tuvo lugar con el Decreto de Unificación de Fueros de 1868, lo que podría explicar la ausencia de un precepto similar en el Código Civil, pese a la secular tradición, que atribuía competencias en estas materias al párroco y a las autoridades y jurisdicción eclesiásticas, y que nace al mismo tiempo que la propia institución del albaceazgo.

testador pertenecía a una confesión religiosa no reconocida legalmente, la mitad que le habría correspondido acrecerá a la Generalitat". Similar disposición se mantiene en el artículo 428-3 de la vigente Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.⁶¹

Nos encontramos ante una nueva regulación, aparentemente similar a la contenida en el artículo 747 del Código Civil, que prevé además no sólo la posibilidad de atribuir bienes a la Iglesia Católica sino también a la confesión religiosa legalmente reconocida a la que perteneciera el causante.

Pese a exceder el objeto de este estudio, me parece importante hacer notar que, a mi juicio, y desde el punto de vista del Derecho Civil, la semejanza de este precepto con el artículo 747 del Código Civil es sólo relativa, al configurarse y aparecer incluido dentro del capítulo dedicado a los modos sucesorios. Es decir, tiene naturaleza de carga impuesta al heredero, al legatario o a su sustituto, naturaleza que, como se ha expuesto con anterioridad, no tiene la institución reglada en el artículo 747 del Código Civil.

iii.- Navarra.

El Fuero Nuevo de Navarra, se refiere a las disposiciones en favor del alma al imponer, en su Ley 187, a los notarios, párrocos o presbíteros ante los que se otorgue testamento, la obligación de consignar en el mismo la advertencia realizada al testador sobre si desea ordenar, o no, mandas pías o benéficas. Esta disposición, tiene su precedente más antiguo en la Ley 68 de las Cortes de Estella. En la misma se establecía la obligación, de los notarios que hicieran fe de algún testamento en el que el testador dispusiera alguna manda pía por su alma, de dar traslado de lo ordenado en el testamento a los rectores parroquiales o a sus vicarios.

De similar forma, a tenor de lo recogido en la Ley 299 del Fuero Nuevo, notarios y albaceas están obligados a notificar las mandas pías o benéficas contenidas en los actos de última voluntad a las personas o entidades interesadas o a las encargadas del cumplimiento.

Al igual que en el caso del Derecho Catalán, o que el mismo artículo 747 del Código Civil, el Fuero Nuevo y sus antecedentes normativos, no se refieren a las disposiciones testamentarias a favor del alma en sí mismas, sino que las admiten de un modo que podríamos llamar tácito; en este caso imponiendo cargas bien al notario o clérigo autorizante o bien al executor testamentario.

⁶¹ La redacción de este precepto introduce algún pequeño matiz sobre el antiguo artículo 163 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña al disponer: "*Si el causante destina una parte de sus bienes a sufragios y obras pías, indeterminadamente y sin especificar su aplicación, la persona gravada debe venderlos y debe entregar la mitad del importe a la confesión religiosa a la que pertenecía el causante, para dichos sufragios y para atender a sus necesidades, y la otra mitad, a la Generalidad de Cataluña, para que los aplique a entidades o a finalidades asistenciales del municipio o la comarca del último domicilio del testador en Cataluña*".

3. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶² siempre reconoció la validez de las disposiciones testamentarias en favor del alma. De hecho MANRESA y NAVARRO⁶³ considera que tal jurisprudencia fomentó la extensión de esta institución, contribuyendo de hecho a que el legislador, a fin de evitar dudas, se decidiese a concretar la institución a favor del alma en el artículo 747 del Código Civil “*dándole la certidumbre necesaria para que pueda cumplirse con provecho el descanso espiritual del testador y con visible beneficio de los menesterosos*”.⁶⁴

3.1 JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

Como se ha puesto de relieve en distintos apartados de este trabajo, en el período anterior a la promulgación del Código Civil, existía la costumbre jurídica de instituir por heredera o legataria al alma del testador. También se ha adelantado que el Tribunal Supremo acogió y reconoció validez a esta institución en sus resoluciones desde fechas tan tempranas como la Sentencia de 26 de junio de 1858⁶⁵. No obstante, como critican MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO y GONZÁLEZ PORRAS, el alto Tribunal no siempre sentó con la debida claridad en su jurisprudencia que, tal institución, no puede estimarse en el sentido literal de la palabra y que, lejos de tratarse de una verdadera disposición hereditaria que instituye al alma como heredera, se trata de un beneficio espiritual del alma del testador, disposición *pro anima* o por *salute animae*. Beneficio del alma que se pretendía alcanzar por medio de la realización de obras piadosas.

⁶² El Tribunal Supremo nace poco tiempo antes de producirse la codificación civil. El órgano tiene su origen en el Real Decreto de 24 de marzo de 1834, desapareciendo el Consejo de Castilla. Entre 1840 y 1858 fue perfilándose su configuración y organización, por lo que, como se verá, puede afirmarse sin tapujos que el Tribunal Supremo admitió las disposiciones testamentarias en favor del alma desde sus orígenes como órgano cúspide del poder judicial.

⁶³ Este autor cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo y 18 de junio de 1864, y de 24 de diciembre de 1866, que, frente a la opinión de algunos tratadistas, entienden que las disposiciones a favor del alma no quedan proscritas por la Real Cédula de 30 de mayo 1830. Justifica su postura el alto tribunal argumentando que la Real Cédula, que es confirmatoria de la de 13 de febrero de 1787, sólo prohíbe al confesor del testador ser legatario o mero ejecutor de las obras pías ordenadas por el testador, debiendo interpretarse esta prohibición en sentido estricto y no siendo de aplicación a otros casos distintos de los expresamente contemplados por la misma.

⁶⁴ MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo VI, p. 22. Madrid, 1911.

⁶⁵ Si bien no se refiere a tal institución admitiéndola de manera directa no la excluye, pese a anular el contenido de una concreta cláusula testamentaria. Se puede consultar esta Sentencia en *Jurisprudencia Civil. Colección completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, publicada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo III, 1859.

Así, aunque reconociendo la validez de las instituciones en beneficio del alma, incurren en tal error, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1864 al afirmar: “*Considerando que no es aplicable la doctrina que invoca el recurrente, fundada en la ley 1ª, tit. 13, Partida 6ª, que dispone ‘en cuantas maneras pueden morir los omes sin testamentos’, porque en ninguno de los casos de intestado que espresa –sic– está comprendido el incumplimiento de lo ordenado por el testador, y porque en el que se trata siendo el alma la instituida, no puede faltar el heredero, ni quedar por consiguiente sin efecto la institución*”.⁶⁶

De forma similar la Sentencia de 18 de junio de 1864: “*Considerando que por Real Cédula de 30 de mayo de 1830, comprensiva del auto 3º, tit 10, libro 5º de la Nueva Recopilación y de todo lo demás que sobre la propia materia se había mandado y resuelto posteriormente a propuesta del Supremo Consejo de Castilla, se halla dispuesto: primero, que no valgan las mandas que fuesen hechas en la enfermedad de que uno muere, a su confesor, sea clérigo o religioso, ni a deudo de ellos, ni a su iglesia y religión; segundo, que tampoco valgan las herencias dejadas en iguales circunstancias a los espresados –sic– confesores, sus parientes, religiosos o conventos; y tercero, que cuando los testadores dejen por herederos a sus almas o a las de otros, o por vía de mandas o legados señalen algunos sufragios o de cualquier modo los manden hacer, no pueden esos encargarse a dichos confesores, parientes, religiones o conventos*”.⁶⁷

También confirma la licitud y la legalidad de la institución de heredero en beneficio del alma del testador la Sentencia de 24 de diciembre de 1866: “*Considerando, en cuanto a la reconvención de la demandada, relativa a la nulidad del testamento de su hermana, o al menos de la cláusula hereditaria, que es lícita y legal la institución de heredero hecha en favor del alma del testador, pues lejos de haber ley o doctrina que la prohíba, está autorizada por el derecho canónico, por la Real Cédula de 30 de mayo de 1830, y por la jurisprudencia consignada en fallo de este Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1864. (...) Considerando que si existe una institución hereditaria arreglada a derecho, no puede tener lugar la sucesión intestada, como previene la Ley 8ª Código Communia de successionibus, y está consignado en las sentencias que se citan de este mismo Tribunal de 29 de noviembre de 1864 y 12 de junio de 1865*”.⁶⁸

⁶⁶ Ministerio de Gracia y Justicia. Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Primer semestre de 1864. 1865, p. 263.

⁶⁷ *Ibid.* p. 635.

⁶⁸ *Jurisprudencia Civil. Colección de las Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia.* En La justicia, revista peninsular y ultramarina de legislación, jurisprudencia y administración pública. Tomo II 1866, p 758.

Con mejor criterio y con un fundamento más sólido, nos encontramos con una de las primeras resoluciones sobre esta materia, la Sentencia de 11 de enero de 1860. En esta sentencia el Tribunal afirma que, la utilización por parte de los ejecutores testamentarios de la expresión de haber instituido al alma como heredera debe ser calificada como incorrecta. Así, aunque es cierto que no llega a rechazar la posibilidad de instituir al alma como heredera –en sentido estricto– califica tal institución del alma como impropia y falsa institución de heredero.

3.2 JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Una vez promulgado el Código Civil, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se sigue otorgando plena validez a las disposiciones *in bonum animae*, doctrina ésta que se convierte en constante y reiterada. Así, la Sentencia de 29 de mayo de 1893 reconoce validez a la institución de heredero en beneficio del alma del testador: “*pues siendo ésta (el alma) la instituida no se puede decir que falta heredero*”.

En la misma línea se sitúa la Sentencia de 1 de diciembre de 1899: “*a la par de ordenar el Código Civil por su artículo 670 que el testamento es acto personalísimo, que no puede delegarse para lo esencial en comisarios o mandatarios, dejando al arbitrio de terceros la institución de herederos o legatarios, ni la designación de porciones hereditarias faculta por el 671 que se encomiende a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a que deben aquéllas aplicarse y confirman, según el criterio que estimo correcto del Tribunal Supremo, esta disposición los artículos 747 y 749 del Código al dictar reglas para la distribución de los bienes hereditarios por terceras personas cuando el testador no las hubiere dado precisas al destinarlos a sufragios por su alma y a obras piadosas o benéficas*”.

Como señala GONZÁLEZ PORRAS, “la validez de las disposiciones testamentarias en las que el alma aparece instituida heredera o legataria se admite plenamente por el Tribunal Supremo y lo hace reconociendo que el artículo 747 es de aplicación cuando tales disposiciones, del todo o parte de los bienes, se hace en provecho del alma (la del testador o la de otros parientes o personas) de una manera indeterminada y sin especificar su aplicación”. Tal cosa se puede comprobar en las Sentencias de 25 febrero 1911, 6 abril 1927, 31 mayo 1928 y 13 octubre 1934. En esta Sentencia se afirma que el artículo 747 del Código civil autoriza que el testador pueda disponer de todos o parte de sus bienes para sufragios u obras piadosas en beneficio del alma, y

además se afirma que el citado precepto determina las reglas a seguir por los albaceas cuando el testador no les hubiere especificado el modo de aplicación de los bienes dejados con aquella finalidad.

La Jurisprudencia más reciente mantiene esta línea centenaria. Podemos citar, a modo de ejemplo, la Sentencia de 31 de diciembre de 1998 que en su segundo Fundamento de Derecho afirma que *“la institución en favor del alma, de honda raigambre en el derecho histórico, ha sido reconocida como válida y eficaz por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto la anterior como la posterior al Código Civil y así la Sentencia de 20 abril 1906 dice que «es válida la institución hereditaria hecha a favor del alma del testador, según lo dispuesto en el artículo 747 y lo declarado por el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias, entre ellas en las de 31 diciembre 1888 y 2 enero 1889, y que estando determinados concretamente en el testamento de don J. B. los sufragios y obras piadosas a que han de aplicarse los productos de la finca a tal efecto legada, debe cumplirse la voluntad del testador, por ser ésta la suprema ley a que ha de atenderse en materia de sucesión», y la Sentencia de 16 abril 1927 afirma que «la institución de heredero a favor del alma de la testadora no estuvo nunca prohibida en nuestras antiguas leyes aplicables a este caso, ni lo están en el Código Civil, que la autoriza en su artículo 747, habiéndose reconocido por la jurisprudencia la validez de tal institución, y siendo esto así, preciso es admitir como válida y eficaz la designación de heredero que a favor de su alma hizo la causante». No obstante no poder ser considerada el alma como heredera se reconoce la validez de esta institución sin que pueda ser considerado como heredero el albacea encargado de la distribución de los bienes ni tampoco el Diocesano ni el Gobernador a los que se refiere el artículo 747 del Código Civil”*.⁶⁹ Dentro de la “jurisprudencia menor” podría citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de mayo de 2010: *“La institución “pro salute animae” no convierte al alma del testador en heredero, pues tal disposición ha de entenderse realizada a favor de atenciones materiales, ya sea el coste de la realización de actos religiosos, limosnas u obras benéficas. Sí existe, por tanto, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, entidades con personalidad jurídica propia interesadas en hacer valer la eficacia de aquella disposición, a modo de ejecutores ministerio legis de la voluntad plasmada por el testador. O dicho de otro modo: disponer a favor del alma significa disponer a favor de la Iglesia y de las administraciones públicas con competencias en materia de asistencia social”*⁷⁰ (...).

⁶⁹ “Westlaw.” Base de datos, en línea, de jurisprudencia de la editorial Thomson-Aranzadi (<www.westlaw.es>). (RJ 1998/9772).

⁷⁰ Base de datos “La Ley Digital.” Grupo Wolters Kluwer (<www.laleydigital.es>). (La Ley 151698/2010).

Una vez aclarado el concepto, se mantiene, desde las primeras Sentencias del Tribunal Supremo recaídas en pleitos relacionados con las disposiciones en beneficio del alma, la idea de que el alma no es heredera, pese a encontrarnos frente a disposiciones pro anima. Entiende GONZÁLEZ PORRAS que este fenómeno obedece a que la jurisprudencia está más atenta a mantener la voluntad del testador, —que es la norma suprema que debe regir todo proceso de sucesión—, que a entrar a valorar si el alma es, o no, heredera o legataria. Fundamenta esta posición en el hecho de que el artículo 747 del Código civil no resuelve la posibilidad o imposibilidad del alma para ser heredera, por presuponer que tal cuestión es innecesaria precisamente porque no es posible. Entiende que, es por ese motivo, por el que el texto legal no centra su atención en la personalidad del heredero o legatario, sino en el modo de conseguir la finalidad y destino de todo o parte de los bienes cuando el testador no ha hecho una aplicación concreta, sino “indeterminadamente y sin especificar su aplicación.”

Para poner punto y final a este apartado, me parece interesante hacer notar que, resulta curioso que, también desde el principio, y manteniendo tal doctrina hasta la actualidad, el Tribunal Supremo iguale institución de heredero en favor del alma con invertir los bienes hereditarios en sufragios y otras obras piadosas. Razonamiento que, como indicó MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO no puede ser invertido: no cabe entender como sucesión en beneficio del alma aquellos supuestos en los que se disponga todo o parte del patrimonio en sufragios y obras piadosas.

4. LA CUOTA *PRO ANIMA* EN TEXTOS ECLESIASTICOS Y CANÓNICOS

4.1 LA CUOTA *IN BONUM ANIMAE* EN LA PATRÍSTICA Y EN EPÍSTOLAS PONTIFICIAS

Siguiendo a MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO podemos afirmar que fue SCHULTZE, en su estudio sobre el nacimiento de la parte libre *Agustin und der Seelteil des germanischen Erbrechts. Studium zur Entstehungsgeschichte des Freiteilsrecht*, vol. XXXVIII, de 1928, de las Actas de la sección filológico-histórica de la Academia Sajona de las Ciencias, el primero que consideró que el nacimiento de la cuota *pro anima* hunde sus raíces en motivaciones de procedencia religiosa cristiana. Entiende este autor que la cuota en beneficio del alma del difunto surge por las predicaciones de la Iglesia Católica que aconsejaban dejar una parte de los propios bienes para obras en beneficio del alma, señalando que, el fundamento para realizar tal disposición, se encuentra en el valor meritorio y expiatorio, que se atribuye a

las buenas obras, para llegar a alcanzar la otra Vida.

Así, cita este autor a SAN CIPRIANO que, en su obra *De opere et eleemosynis*, había aconsejado “*fac tibi possessionum terrestrium Christum participem, ut et ille te sibi faciat regnorum caelestium coheredem*”.

Pero, a su juicio, es SAN AGUSTÍN el que ejerce una influencia más directa, en este sentido, en el mundo jurídico germánico. Este Padre de la Iglesia llega a considerar a Jesucristo en concurrencia con los propios hijos del causante y aconseja que se le atribuya, en la partición, la parte de un hijo más: “*Fac locum Christo cum filiis tuis, accedat ad prolem Creator tuus, accedat ad numerum filiorum tuorum frater tuus. Cum enim tantum intersit, et frater esse dignatus est. Et cum sit Patri Unicus voluit habere coheredes. Ecce ille quam largiter!, tu quare tam steriliter? Duis filios habes, tertium illum computa: tres habes, quartus numeretur: quintum habes, sextus dicatur: decem habes, undecimus sit. Nolo amplius dicere: unius filii tui serva locum Domino tuo, et tibi proderit et filiis tuis: quod autem male servas filiis tuis, et tibi oberit et filiis. Dabis autem portionem unam, quam unius filii deputasti. Deputa te unum amplius genuisse*”.⁷¹

No obstante lo anterior, para GARCÍA DE VALDEAVELLANO⁷², y en el caso concreto del Derecho histórico español, la consagración legal de la quinta libre visigótica no puede ser atribuida con carácter exclusivo a la influencia eclesiástica. Entiende que, pese a que tal influencia existió, su mayor acción se produjo en un período histórico posterior, en concreto en la Reconquista, actuando sobre una cuota de libre disposición que existía con anterioridad y transformándola en una cuota obligatoria en beneficio del alma. Así, defiende que el nacimiento del quinto de libre disposición del Derecho visigodo se debe a la tradición romana –las *piae causas*–, que más tarde recibirá la influencia eclesiástica.

Esta tesis que, como se ha manifestado en este trabajo a la hora de analizar la evolución de la que podríamos denominar –sin carácter exhaustivo ni técnico– “institución civil”, es compartida por MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, podría entenderse refrendada, desde el punto de vista de las fuentes canónicas, ya que no aparecen referencias sobre que tal institución aparezca contenida ni en los cánones conciliares ni en las epístolas pontificias compiladas, durante el reino visigodo, en la Colección de Novar, en el Epítome hispánico, o en la Hispana.

Sí existen, sin embargo, referencias a disposiciones de la Curia, posterior-

⁷¹ SAN AGUSTÍN, *Sermones* 9 y 86, caps. X al XX.

⁷² GARCÍA DE VALDEAVELLANO Y ARCIMÍS, L. *La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media*. Anuario de Historia del Derecho Español, IX, 1932, pp. 129-176.

res en el tiempo y ubicadas efectivamente en época de la Reconquista, que tratan sobre disposiciones testamentarias en favor del alma. Así, GONZÁLEZ Y SERRANO, entiende que el límite contenido en la XXXII Ley de Toro⁷³, nace para contrarrestar y poner freno, –poniendo coto a las “voluntades captatorias”– a la doctrina iniciada por la exposición que Inocencio IV⁷⁴ hizo al responder a la consulta planteada por el obispo Altisidorensi⁷⁵, entendiendo que la totalidad de los bienes de los que morían nombrando comisario, con facultad de distribuir sus bienes, debían invertirse en obras pías.⁷⁶

4.2 LAS DISPOSICIONES EN BENEFICIO DEL ALMA EN EL CONCILIO DE TRENTO

Merece un lugar destacado en el contenido de este trabajo la referencia al Concilio de Trento⁷⁷ ya que, además de admitir, en su Sesión XXII, la posibilidad de instituir a Dios nuestro Señor y al alma como herederos; en él se contienen diversas referencias a las disposiciones *in bonum animae* en varios de sus Decretos.

La más importante, por abordar tal cuestión de forma directa, se encuentra en el Decreto sobre el Purgatorio, contenido en la Sesión XXV, de 3 y 4 de diciembre de 1563, en el que después de recordar y refrendar que las almas detenidas en el purgatorio son ayudadas con los sufragios de los fieles y con

⁷³ Cfr. apartado 1.5 del presente trabajo, donde se hace referencia a las Leyes de Toro dictadas, presumiblemente, para paliar esta doctrina pontificia referida a los testamentos por comisario.

⁷⁴ Sinibaldo Fieschi, Papa número 180 de la Iglesia Católica, cuyo pontificado se extendió desde 1243 a 1254. Estaba convencido de que su misión pontifical le daba un título de intervención directa en los asuntos temporales, lo que le granjeó no pocos problemas con Federico II. De hecho, en su Pontificado la preocupación de obtener recursos para la lucha contra el emperador hizo que la intervención fiscal del Papa alcanzara un nivel desconocido: a las demandas de dinero, se une la colación de beneficios a clérigos italianos en todos los países de la cristiandad, así como el pago de las liberalidades consecuentes a la visita y estancia de los clérigos en Roma (vid. TEJERO TEJERO, E. en *Gran Enciclopedia Rialp*, 1991.)

⁷⁵ Se ha realizado una búsqueda –infructuosa– de referencias sobre el obispo Altisidorensi, siendo la única encontrada en GARCÍA LARRAGUETA S. Cartas de Indulgencias en Historia, instituciones, documentos. N° 16-1989, pp. 319-356. De lo contenido en la página 352 de dicha publicación se puede llegar a la conclusión de que no se trata del nombre de un obispo sino del de una diócesis –*Altisidoriensis Alumiensis*– que podría corresponderse, a juicio del autor, con Auxerre.

⁷⁶ GONZÁLEZ Y SERRANO, J. *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro. Continuación del que empezó a publicar el Excmo. Sr. D. Joaquín Francisco Pacheco. Obra Póstuma*. Tomo II. Madrid, 1876. pp. 64-65.

⁷⁷ Es el más largo y uno de los más importantes Concilios de la historia de la Iglesia. Como tuvo dos largas interrupciones, puede dividirse en tres periodos: bajo Pablo III (13 de diciembre de 1545 a 3 de febrero de 1548; suspensión oficial, 14 de septiembre 1549); bajo Julio III (1 de mayo de 1551 a 28 de abril de 1552); bajo Pío IV (18 de enero de 1562 a 4 de diciembre de 1563). En total, unos cinco años de actuación, esparcidos en un espacio de 18 años (desde 1545 hasta 1563).

el sacrificio de la Misa, ordena a los obispos que enseñen y prediquen al pueblo esta doctrina y procuren que se celebren los sufragios de las Misas y se ejecuten con sumo cuidado en favor de los difuntos las disposiciones de los testamentos: *“Cum Catholica Ecelesia, Spiritu Sancto edocta, ex sacris litteris, et antiqua Patrum traditione, in sacris conciliis, et novissime in hac æcumenica Synodo docuerit Purgatorium esse, animasque ibi detentas, fidelium suffragiis, potissimum vero acceptabili altaris sacrificio, juvari; præcipit sancta Synodus Episcopis, ut sanam de Purgatorio doctrinam, a sanctis Patribus, et sacris conciliis traditam, a Christi fidelibus credi, teneri, doceri, et ubique prædicari diligenter studeant. Apud rudem vero plebem difficiliores, ac subtiliores quæstiones, quæque ad ædificlacionem non faciunt, et ex quibus plerumque nulla fit pietatis accessio, a popularibus concionibus secludantur. Incerta item, vel quæ specie falsi laborant, evulgari, ac tractari non permittant. Ea vero, quæ ad curiositatem quandam, aut superstitionem spectant, vel turpe lucrum sapiunt tamquam scandata, et fidelium offendicula prohibeant. Curent autem Episcopi, ut fidelium vivorum suffragia, missarum scilicet sacrificia, orationes, eleemosynæ, aliaque pietatis opera, quæ a fidelibus pro aliis fidelibus defunctis fieri consueverunt, secundum Ecclesiæ instituta; pie, et devote fiant; et quæ pro illis ex testatorum foundationibus, vel alia ratione debentur, non perfunctorie, sed a sacerdotibus et Ecclesiæ ministris, et aliis, qui hoc præstare tenentur, diligenter, et accurate persolvantur”*.⁷⁸

También se refiere el Capítulo XIII del Decreto sobre la Reforma, contenido en la misma Sesión XXV, a una clase de cuota pro anima que, aunque –después del estudio realizado en capítulos previos sobre la institución en nuestro Derecho– entiendo no aplicable en el caso español, sí me parece interesante resaltar dado el objeto de este trabajo. En el citado capítulo decreta el Concilio que, allí donde se acostumbra a pagar se pague en todo su derecho la denominada “cuarta de los funerales”. *“Decernit sancta Synodu; ut quibuscumque in locis, jam ante annos quadraginta, Quarta, quæ funeralium dicitur, cathedrali, aut parochiali ecclesiæ solita esset persolvi, ac postea fuerit ex quocumque privilegio, aliis monasteriis, hospitalibus aut quibuscumque locis piis concessa eadem post hac integro jure, et eadem pertione, quæ antea solebat, cathedrali, seu parochiali ecclesiæ persolvatur: non obstantibus concessioibus, gratiis, privilegiis etiam Mare magno, nuncupatis, aut aliis quibuscumque”*.⁷⁹

Finalmente, el Capítulo III del Decreto sobre la reforma contenido en la

⁷⁸ LÓPEZ DE AYALA, I. y LATRE, M. *El Sacrosanto y ecuménico Concilio de Trento. Con el texto latino corregido según la edición auténtica de Roma publicada en 1564*. Barcelona, 1847, pp. 327 y 328.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 377 y 378.

Sección XXIV del Concilio Tridentino, de 11 de noviembre de 1563, dedicado a cómo han de hacer los obispos las visitas pastorales, admite y parte de la existencia de las disposiciones en favor del alma cuando amonesta a los obispos, o visitantes que pudieran sustituirle, que realicen visita a los fieles a “(...) *que traten y abracen á todos con amor de padres y celo cristiano; y contentándose por lo mismo con un moderado equipage –sic– y servidumbre, procuren acabar cuanto mas presto puedan, aunque con el esmero debido, la visita. Guárdense entretanto de ser gravosos y molestos á ninguna persona por sus gastos inútiles; ni reciban, así como ninguno de los suyos, cosa alguna con el pretesto de procuracion por la visita, aunque sea de los testamentos destinados á usos piadosos, á escepcion de lo que se debe de derecho de legados pios ni reciban bajo cualquiera otro nombre dinero, ni otro don cualquiera que sea, y de cualquier modo que se les ofrezca: sin que obste contra esto costumbre alguna, aunque sea inmemorial; á escepcion no obstante de los víveres, que se le han de suministrar, con frugalidad y moderacion para sí, y los suyos, y solo con proporcion á la necesidad del tiempo, y no mas (...⁸⁰)”.* Mención indirecta que vendría a probar, una vez más la existencia de la institución.

Para concluir este apartado, parece oportuno traer a colación una cuestión particular. Es prácticamente unánime la doctrina (RIVES GILBERT, CASTÁN, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS) que considera que, en virtud de la Real Cédula, de Felipe II, de 12 de julio de 1564, debe ser considerado como ley del Reino –hasta la Ley de 18 de junio de 1870– el *Decretum de reformatione matrimonii* de la sesión XXIV del Concilio. Nada tiene de particular esta afirmación salvo la exclusiva atribución a este Decreto de la condición de Derecho estatal y el silencio por parte de la misma doctrina sobre la aplicación como derecho del reino del resto de las previsiones contenidas en el Concilio. Bien es cierto que no se niega de forma explícita tal consideración a otros decretos del Concilio tridentino, pero lo cierto es que tras la lectura del texto de la Real Cédula, puede interpretarse, a nuestro juicio, que la misma declaraba como de obligado cumplimiento en todos los territorios españoles la totalidad de los decretos del Concilio: “*Cierta y notoria es la obligacion que los Reyes y Príncipes cristianos tienen á obedecer, guardar y cumplir, y que en*

⁸⁰ *Ibíd.* pp. 295-296. (El Subrayado es mío) - “*Quæ ut facilius, feliciusque succedant, monentur prædicti omnes, et singuli, ad quos visitatio spectat, ut paterna caritate christianoque zelo omnes amplectantur: ideoque, modesto contenti equitatu, famulatuque, studeant quam celerrime, debita tamen cum diligentia visitationem ipsam absolvere. Interimque caveant, ne inutilibus sumptibus cuiquam graves, onerosive sint; neve ipsi, aut quisquam suorum quidquam procurationis causa pro visitatione, etiam testamentorum ad pios usus, præter id, quod ex relictis piis jure debetur, aut alio quovis nomine nec pecuniam, nec munus, quodcumque sit, etiam qualitercumque offeratur, accipiant: non obstante quacumque consuetudine, etiam immemorabili: exceptis tamen victualibus quæ sibi, ac suis frugaliter, moderateque pro temporis tantum necessitate et non ultra erunt ministranda”.*-

sus Reynos, Estados y Señoríos se obedezcan, guarden y cumplan los decretos y mandamientos de la santa Madre Iglesia, y asistir, ayudar y favorecer á el efecto y execucion y á la conservacion de ellos, como hijos obedientes y protectores y defensores de ella, y la que ansimismo por la misma causa tienen al cumplimiento y execucion de los Concilios universales que legítima y canónicamente, con la autoridad de la Santa Sede Apostólica de Roma, han sido convocados y celebrados: la autoridad de los quales Concilios universales fué siempre en la Iglesia de Dios de tanta y tan grande veneracion, por estar y representarse en ellos la Iglesia Católica y universal, y asistir á su direccion y progreso el Espíritu Santo. Uno de los quales Concilios ha sido y es el que últimamente se ha celebrado en Trento, el qual primeramente á instancia del Emperador y Rey mi Señor, despues de muchas y grandes dificultades fué indicto y convocado por la felice memoria de Paulo III. Pontífice Romano, para la extirpacion de las heregías y errores que en estos tiempos en la cristiandad tanto se han extendido, y para la reformation de los abusos, excesos y desórdenes, de que tanta necesidad habia. El qual Concilio fue en vida del dicho Pontífice Paulo III. comenzado, y despues con la autoridad de la buena memoria de Julio III. se prosiguió, y últimamente con la autoridad y bulas de N. M. S. P. Pio IV. se ha continuado y proseguido hasta se concluir y acabar; en el qual intervinieron y concurrieron de toda la cristiandad, y especialmente de estos nuestros Reynos, tantos y tan notables Prelados, y otras muchas personas de gran doctrina, religion y ejemplo; asistiendo asimismo los Embaxadores del Emperador nuestro tio y nuestros, y de los otros Reyes y Príncipes, y Repúblicas y Potentados de la cristiandad: y en él con la gracia de Dios y asistencia del Espíritu Santo se hicieron en lo de la Fe y Religion tan santos y tan católicos decretos; y asimismo se hicieron y ordenaron en lo de la reformation muchas cosas muy santas y muy justas, y muy convenientes y importantes al servicio de Dios nuestro Señor y bien de su Iglesia, y al gobierno y policia eclesiástica. Y ahora habiéndonos S. S. enviado los decretos del dicho santo Concilio impresos en forma auténtica, Nos como Rey Católico, y obediente y verdadero hijo de la Iglesia, queriendo satisfacer y corresponder á la obligacion en que somos, y siguiendo el exemplo de los Reyes nuestros antepasados, de gloriosa memoria, habemos aceptado y recibido, y aceptamos y recibimos el dicho sacrosanto Concilio; y queremos, que en estos nuestros Reynos sea guardado, cumplido y executado; y daremos y prestaremos para la dicha execucion y cumplimiento, y para la conservacion y defensa de lo en el ordenado nuestra ayuda y favor, interponiendo á ello nuestra autoridad y brazo Real, quanto será necesario y conveniente. Y así encargamos y mandamos á los Arzobispos y Obispos y á otros Prelados, y á los Generales, Provinciales, Priors, Guardianes de las Ordenes, é á todos los demas á quienes esto toca é incumbe, que hagan luego publicar é publiquen en sus Iglesias, distritos y dióce-

sis, y en las otras partes y lugares do conviniere, el dicho santo Concilio; y lo guarden y cumplan, y hagan guardar, cumplir y executar con el cuidado, zelo y diligencia que negocio tan del servicio de Dios y bien de su Iglesia requiere. Y mandamos á los del nuestro Consejo, Presidentes de las nuestras Audiencias, y á los Gobernadores, Corregidores é á otras qualesquier Justicias, que den y presten el favor y ayuda que para la execucion y cumplimiento de dicho Concilio y de lo ordenado en él será necesario: y Nos tememos particular cuenta y cuidado de saber y entender como lo suso dicho se guarda, cumple y executa, para que en negocio, que tanto importa al servicio de Dios y bien de su Iglesia, no haya descuido ni negligencia”.

Entendemos que vienen a confirmar nuestra opinión la Real Cédula de 27 de octubre de 1553 –por la que se previene a los prelados y cabildos eclesiásticos sobre la observancia e inviolable cumplimiento en el Reino de todo lo constituido y ordenado en el Concilio tridentino–, la Provisión del Consejo de Castilla, de 6 de diciembre de 1553 en la que, con referencia a la anterior Cédula, se ordenaba a las Justicias dar a los prelados eclesiásticos el favor y ayuda que necesitasen para la ejecución y cumplimiento de todos los decretos del Concilio y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1858.

Si se admite esta tesis, sin perjuicio de la legislación posterior de principios del siglo XIX, que ya se analizó en el correspondiente capítulo de este trabajo⁸¹, entendemos que el Decreto sobre el Purgatorio, contenido en la sección XXV del Concilio de Trento, al que se ha hecho referencia en este mismo apartado, vendría a ser una de las primeras referencias explícitas en las que se admiten y se regulan las disposiciones testamentarias en beneficio del alma en el Derecho español, ya que como tal ha de considerarse la normativa contenida en el Concilio de Trento, teniendo en cuenta la consideración del Derecho Canónico como Derecho aplicable y la jurisdicción reservada a los tribunales eclesiásticos en determinadas materias. Motivo, por el que no nos parece comprensible su omisión por parte de la doctrina civil a la que se ha hecho referencia a la hora de analizar la evolución de estas instituciones.

4.3. LAS DISPOSICIONES EN BENEFICIO DEL ALMA EN EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO DE 1983

Dentro de la legislación canónica vigente, las normas relativas al derecho patrimonial se encuentran, fundamentalmente⁸² el Libro V, “*de bonis*

⁸¹ Vid. apartado 1.6.

⁸² Existen otros cánones que contienen disposiciones relativas a esta materia, pero exceden el objeto del presente trabajo. Se puede consultar una enumeración de los mismos en SCHOUPE J-P. *Derecho Patrimonial Canónico. Pamplona, 2007*, pp. 24 y 25, nota 7.

Ecclesiae temporalibus”, del Código de Derecho Canónico de 1983. Se trata de un Libro que responde a la intención de estructurar el Código de acuerdo con la visión del Concilio Vaticano II y que se refiere en exclusiva a los bienes temporales de la Iglesia. Contiene 57 cánones (1254-1310) organizados en cuatro Títulos⁸³. La estructuración del nuevo Código pretende, a juicio de SCHOUPE⁸⁴ subrayar la función pastoral y salvífica de la Iglesia, así como la necesidad de medios para poder cumplir su misión.

Ninguno de los cánones incluidos en el Libro V del CIC de 1983, se refiere de una manera, explícita y expresa a las disposiciones en beneficio del alma. Sin embargo en el canon 1259 sí se recoge y proclama el derecho de la Iglesia Católica de adquirir y poseer bienes temporales: “*Ecclesia acquirere bona temporalia potest omnibus iustis modis iuris sive naturalis sive positivi, quibus aliis licet*”. Este canon se dirige a los órganos competentes del Estado para que respeten la libertad y la capacidad de la Iglesia para adquirir bienes temporales, como corresponde por Derecho Natural a cualquier persona jurídica, y de utilizarlos para realizar los fines que le son propios⁸⁵. Nos encontramos, por tanto, ante la formalización de un derecho fundamental de la Iglesia –y de los fieles que la componen– que es reconocido en las más importantes declaraciones internacionales de derechos fundamentales y libertades públicas así como en diferentes textos constitucionales.

A tenor de lo previsto en este canon, la Iglesia puede adquirir bienes de cualquier modo previsto por el derecho Natural o por el Derecho positivo aplicable. Considerando que la sucesión es un modo derivado de adquisición de la propiedad, y atendiendo a los requisitos de capacidad para recibir por vía testamentaria contenidos en el ordenamiento civil español, no parece razonable establecer limitaciones a la libre adquisición de bienes por parte de la Iglesia por vía de sucesión testamentaria.

Nos parece oportuno, para terminar este apartado y entroncando con las ideas que se acaban de exponer, que, resaltar, a juicio de SCHOUPE, tienien-

⁸³ Titulus I - de acquisitione bonorum (Cann. 1259 – 1272)

Titulus II - de administratione bonorum (Cann. 1273 – 1289)

Titulus III - de contractibus ac praesertim de alienatione (Cann. 1290 – 1298)

Titulus IV - de piis voluntatibus in genere et de piis foundationibus (Cann. 1299 – 1310)

⁸⁴ Vid. SCHOUPE, op. cit., p. 22

⁸⁵ El canon 1259 CIC se encuentra en consonancia con distintas declaraciones, acuerdos y pactos internacionales sobre libertades públicas, y en distintos textos constitucionales entre los que pueden citarse: art. 9 del Convenio para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950; art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Nueva York, 10 de diciembre de 1948; art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966; art. 6 de la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, Nueva York, 25 de noviembre de 1981; art. 17 de la Constitución Española.

do en cuenta la redacción del Libro V del CIC, la intención del legislador canónico es que, en ningún caso, la eficacia económica pueda prevalecer sobre la justicia ni sobre las finalidades de la Iglesia, lo que conlleva que el principio inequívoco que rige el Derecho patrimonial Canónico en materia de actos de liberalidad es el respeto, absoluto y en cualquier caso, a la voluntad del donante, aunque el destinatario de una liberalidad concreta –entre las que se encuentran las realizadas por medio de legado o testamento– tenga intereses diversos.

4.4. LAS DISPOSICIONES *IN BONUM ANIMAE* EN LAS FUENTES PACTICIAS

La primera norma pactada objeto de estudio ha sido el Concordato de 1753 que no contiene ninguna materia relacionada con las disposiciones en beneficio del alma.

Sí se refieren, aunque de modo indirecto y sin nombrarlas de forma expresa, a las disposiciones testamentarias *in bonum animae*, los artículos 39, 40 y 41 del Concordato de 1851, que se transcriben íntegramente:

Art. 39º El Gobierno de S. M., salvo el derecho de los prelados diocesanos, dictará las disposiciones necesarias para que aquellos entre quienes se hayan distribuido los bienes de las capellanías y fundaciones piadosas, aseguren los medios de cumplir las cargas a que dichos bienes estuviesen afectos.

Iguales disposiciones adoptarán para que se cumplan del mismo modo las cargas piadosas que pesaren sobre los bienes eclesiásticos que han sido enajenados con este gravamen. El Gobierno responderá siempre, y exclusivamente de las impuestas sobre los bienes que se hubieren vendido por el Estado libres de esta obligación.

Art. 40º Se declara que todos los expresados bienes y rentas pertenecen en propiedad a la Iglesia, y que en su nombre se disfrutarán y administrarán por el clero.

Los fondos de cruzada se administrarán en cada diócesis por los prelados diocesanos, como revestidos al efecto de las facultades de la bula, para aplicarlos según está prevenido en la última prórroga de la relativa concesión apostólica, salvas las obligaciones que pesan sobre este ramo por convenios celebrados con la Santa Sede. El modo y forma en que deberá verificarse dicha administración se fijará de acuerdo entre el Santo Padre y S. M. católica.

Igualmente administrarán los prelados diocesanos los fondos del indulto cuadragésimo, aplicándolos a establecimientos de beneficencia y actos de caridad en las diócesis respectivas, con arreglo a las concesiones apostólicas.

Las demás facultades apostólicas relativas a este ramo y a las atribucio-

nes a ellas consiguientes, se ejercerán por el arzobispo de Toledo, en la extensión y forma que se determinará por la Santa Sede.

Art. 41º Además, la Iglesia tendrá el derecho de adquirir por cualquier título legítimo, y su propiedad en todo lo que posee ahora o adquiriera en adelante será solemnemente respetada. Por consiguiente, en cuanto a las antiguas y nuevas fundaciones eclesiásticas, no podrá hacerse ninguna supresión o unión sin la intervención de la autoridad de la Santa Sede, salvas las facultades que competen a los obispos, según el santo concilio de Trento.

El contenido de los artículos transcritos debe considerarse, a nuestro juicio, como de capital importancia a la hora de analizar la institución que nos ocupa por tres motivos fundamentales.

i. A pesar de no referirse expresamente a las disposiciones testamentarias en favor del alma, parece razonable incluirlas como modo legítimo de adquirir la propiedad por parte de la Iglesia. De hecho, a partir de este momento ningún texto canónico se va a referir expresamente a las disposiciones testamentarias in bonum animae. Incluso los comentaristas de la época así lo entendían desde el primer momento, entroncado estos artículos del Concordato con el del artículo 608 del Proyecto de Código Civil de García Goyena, cuyo contenido y comentarios fueron analizados en el apartado 1.7 de este trabajo: “Lo que se afirma en el artículo 41 sobre el derecho de la Iglesia a adquirir por cualquier título legítimo, y sobre el solemne respeto que se ha de tributar a su propiedad actual y futura, es consecuencia de lo asentado en el inmediato anterior. Para garantizar esa propiedad se añade que, en las fundaciones eclesiásticas, antiguas y nuevas no podrá hacerse supresión ni unión alguna sin que intervenga la autoridad de la Santa Sede (...)Y para comprobación de lo que acabamos de afirmar, notaremos que el Sr. García Goyena, comentando el artículo 608 del Proyecto de código civil(...) después de manifestar, que el acuerdo de la sección redactora no fue hacia aquellas tan riguroso como aparece en el texto publicado, concluye: (...) de todos modos esta materia deberá ya registrarse por el reciente concordato”.⁸⁶

ii. En íntima conexión con lo anterior se encuentra el artículo 43º del Concordato que, refiriéndose a los artículos 39º, 40º y 41º antes transcritos afirma: “Todo lo demás perteneciente a personas o cosas eclesiásticas, sobre lo que se provee en los artículos anteriores, será dirigido y administrado según la disciplina de la Iglesia canónicamente vigente”. Lo que significa que sustrae a la legislación y a la administración de justicia estatal esta materia, dentro de la que se encuentran

⁸⁶ RAMÓN FORT, C. *El Concordato de 1851. Comentado*. Madrid, 1853, pp. 66-67.

las disposiciones in bonum animae, y convierte, a nuestro juicio, en plenamente aplicables, como Derecho del Reino, los Decretos del Concilio de Trento relativos a esta materia, lo que vendría a reafirmar la teoría apuntada anteriormente, al tratar sobre los mismos en el apartado 4.2.

- iii. No obstante lo manifestado en los dos puntos anteriores, no pueden olvidarse el contexto liberal y “postdesamortizador” en el que ve la luz este Concordato, lo que influye en su contenido; ni los sistemáticos incumplimientos del mismo por los distintos gobiernos que rigieron España, tanto en épocas republicanas como monárquicas, alcanzando la cima en el régimen republicano de 1931-1936.

El Concordato de 27 de agosto de 1953, gestado, como bien es sabido, tras un duro proceso negociador entre la Santa Sede y el gobierno del general Franco, retorna a la senda del reconocimiento a la Iglesia Católica de la plena capacidad de adquisición de bienes al establecer en su artículo IV: *“El Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas, existentes en España a la entrada en vigor del presente Concordato constituidas según el Derecho Canónico; en particular a las Diócesis con sus instituciones anejas, a las Parroquias, a las Ordenes y Congregaciones religiosas, las Sociedades de vida común y los Institutos seculares de perfección cristiana canónicamente reconocidos, sean de derecho pontificio o de derecho diocesano, a sus provincias y a sus casas”*.

Finalmente, en la línea de lo expuesto con anterioridad, el artículo 1 del Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre Asuntos Económicos, vigente en la actualidad: *“La Iglesia católica puede libremente recabar de sus fieles prestaciones, organizar colectas públicas y recibir limosnas y oblaciones”*.

5. LA BENEFICENCIA

Para terminar este trabajo parece no sólo interesante, sino también imprescindible tratar, aunque sea brevemente, sobre la beneficencia. Son dos los motivos fundamentales de su inclusión en este estudio:

- i. Como se podrá apreciar en las líneas que siguen, se puede establecer, a nuestro juicio, una clara relación entre beneficencia-fundaciones-disposiciones pías. Relación que no sitúa a las disposiciones pías en el origen de las fundaciones, que van a dar lugar a la beneficencia. Pero sí que son, como veremos a continuación, figura clave en su desarrollo, llegando a ser las fundaciones y la beneficencia, en muchas ocasiones, la fórmula elegida para plasmar en el campo de los hechos las disposi-

- ciones testamentarias en beneficio del alma.
- ii. La mención que el artículo 747 del Código Civil hace de las instituciones benéficas y la atribución a las mismas del cincuenta por ciento de los bienes dispuestos por el testador en los supuestos que regula: sin olvidar la consideración, por parte de la doctrina y la jurisprudencia que estudian este precepto codicial, de las obras benéficas en favor de los pobres y menesterosos, como paradigma de las obras pías *in bonum animae*.

5.1 ORIGEN, DESARROLLO Y FIN DE LA BENEFICENCIA EN ESPAÑA

A la hora de hablar de beneficencia, y para exponer sus orígenes, hemos de acudir al concepto de fundación, íntimamente vinculado, con las disposiciones testamentarias en favor del alma.

En Derecho Romano, pese a no tener reconocida capacidad jurídica, y carecer de una excesiva relevancia *de iure* lo cierto es que de facto existían múltiples fundaciones que nacían de fideicomisos realizados con fines sociales. Así ESPINOSA ANTA, al analizar los antecedentes históricos de las fundaciones afirma que “puede afirmarse que el Derecho Romano no conoció la fundación sino a través de la forma oblicua de la fundación fiduciaria: las instituciones creadas para un fin social por particulares, frecuentes durante el Imperio, eran disposiciones a favor de una ciudad o un colegio –lo que permitía la permanencia del cumplimiento del fin–, con la carga de ejecutar la voluntad del fundador”.⁸⁷

Sin embargo, como ya se señaló al estudiar el nacimiento de las disposiciones testamentarias *in bonum animae*, es en la época cristiana cuando surgen, fomentadas por la caridad cristiana –aunque no sea esa la única causa–, lo que podríamos llamar “fundaciones de beneficencia y culto.” Según CARRANCHO HERRERO, refiriéndose al reconocimiento de la personalidad jurídica de las fundaciones, existen vestigios en el derecho imperial, y una considerable obra legislativa en la obra de justiniana, que buscan encauzar jurídicamente la iniciativa privada de la caridad asistencial. Así, va a aparecer una legislación, referida a la capacidad para adquirir liberalidades testamentarias, que tiende a favorecer las donaciones y disposiciones testamentarias realizadas con fines piadosos⁸⁸. No obstante, esta autora concluye que no

⁸⁷ ESPINOSA ANTA, J.L. *La fundación*. En Estudios de Derecho Privado, 1962, p. 242. Citado en CARRANCHO HERRERO, M. T. *La Constitución de Fundaciones*. Madrid, 1997.

⁸⁸ Justiniano reconoce cierta capacidad jurídica a los establecimientos de beneficencia: capacidad para aceptar donaciones, para percibir frutos o para ser parte en litigios –siempre y cuando se produjese intervención episcopal–, supresión del requisito formal de la escritura para las donaciones realizadas con finalidad piadosa.

puede hablarse de reconocimiento de personalidad jurídica y, por ende, no puede sostenerse la existencia de fundaciones en un sentido estricto, siendo las *piae causae* que surgen en esta época instituciones públicas eclesiásticas, dependientes por tanto de la organización y del Derecho de la Iglesia.

Como ya se indicó al estudiar los antecedentes de la institución hereditaria en beneficio del alma, en la Alta Edad Media, tras un largo proceso evolutivo, en el que podría influir también la evolución de la cuota del muerto visigoda (*tonteil*) las *piae causas* fueron evolucionando hasta dar lugar a las disposiciones testamentarias *in bonum animae*, muchas de las cuales se concretaban en disposiciones en favor de la Iglesia para la constitución de patrimonios con los que crear fundaciones con fines piadosos. Dicho proceso evolutivo alcanzó su cima en el siglo XII, momento en el que las fundaciones piadosas se desarrollan al máximo y se les reconoce personalidad⁸⁹. Esta situación lleva a que en la Edad Media prácticamente todas las obras de caridad estén administradas por la Iglesia y que la práctica totalidad de los legados benéficos fueran a ella confiados. Por este motivo, afirma SENDÍN GARCÍA que, en este período histórico, la actividad asistencial se entiende como caridad privada y al margen de la intervención de los poderes públicos.⁹⁰

Ya en la Edad Moderna, bajo el influjo del humanismo renacentista y las ideas reformadoras protestantes, se inicia un movimiento tendente a desvincular las fundaciones de la gestión eclesiástica y a situar la actividad benéfica dentro de la acción estatal, tratando de desligar la actividad asistencial de la idea de caridad privada. Este movimiento secularizador alcanza su máximo desarrollo en aquellos estados que quedan bajo la órbita protestante, donde comienzan a surgir las primeras leyes de beneficencia –si bien surgen más como medida para prevenir la mendicidad que para atender a lo que hoy llamaríamos necesidades asistenciales–. Este movimiento tiene escasa influencia en España, donde se mantienen las instituciones de caridad vinculadas o tuteladas por la jerarquía eclesiástica.

Por otra parte, el Concilio de Trento pone de manifiesto que es a la Iglesia a quien corresponde el derecho a administrar los establecimientos de beneficencia pública y privada. Así, en el Decreto sobre la reforma de la Sesión XXII, dispone que los obispos ejecuten todas las disposiciones pías y visiten todos los lugares de caridad que no estén bajo la protección directa de los reyes (Capítulo VIII); y que los administradores de obras pías deben rendir cuentas al Ordinario a no ser que se hubiera dispuesto otra cosa en la funda-

⁸⁹ Entiende CARRANCHO HERRERO que tal reconocimiento es debido a la labor de los canoistas, que pretendían defender las prebendas, fondo patrimonial asignado a la fundación.

⁹⁰ SENDÍN GARCÍA, M. A. Los servicios públicos en el siglo XIX. En Anuario de Historia del Derecho Español, LXXV-2005, pp. 1037-1073.

ción (Capítulo IX).⁹¹

Es en el siglo XVIII cuando, en España, se produce lo que SENDÍN GARCÍA⁹², y los autores que cita, llaman “cambio de la asistencia social como caridad a beneficencia”, transformación de la que destacan tres rasgos fundamentales: i) la asunción por parte del estado del protagonismo en la actividad asistencial; ii) reestructuración y racionalización de las estructuras asistenciales; iii) inclusión de la problemática asistencial en el ámbito de lo estrictamente jurídico, sustrayéndola del carácter moral que había ostentado hasta ese momento. El contexto histórico en el que se sitúan estos cambios es el de las profundas y pertinaces disputas regalistas entre el poder real y el eclesiástico, del que es referente el famoso Memorial de Macanaz. Como es sabido, la disputa se amortiguó un poco con el llamado Tratado de El Escorial suscrito en 1717, aunque dicho tratado no fue suficiente, ya que, a juicio del poder real, el acuerdo no le satisfacía por los daños que sufría por los abusos cometidos por parte de los ministros de la Corte Romana. Por este motivo en el artículo octavo del Concordato de 1737 se someten a tributo los bienes que pasan a manos muertas, fijando como única excepción a tal norma los correspondientes a primera fundación⁹³. Además, comienzan a calar ideas ilustradas que

⁹¹ Cap VII: “*Episcopi, etiam tamquam sedis Apostolicæ delegati, in casibus a iure concessis, omnium piarum dispositionum, tam in ultima voluntate, quam inter vivos, sint executores: habent ius visitandi hospitalia collegia quæcumque, ac confraternitates laicorum, etiam quas scholas sive quocumque alio nomine vocant; non tamen quæ sub Regum immediata protectione sunt, sine eorum licentia; eleemosynas montis pietatis, sive caritatis, et pia loca omnia, quomodocumque nuncupentur, etiamsi prædictorum locorum cura ad laicos pertineat, atque eadem pia loca exemptionis privilegio sint munita: ac omnia, quæ ad Dei cultum, aut animarum salutem, seu pauperes sustentandos instituta sunt; ipsi ex officio suo, iuxta sacrorum canonum statuta cognoscant, et exequantur: non obstantibus, quacumque consuetudine, etiam immemorabili, privilegio, aut statuto.*” Cap IX: “*Administratores, tam ecclesiastici, quam laici, fabricæ cuiusvis ecclesiæ, etiam cathedralis, hospitalis, confraternitatis, eleemosynæ montis pietatis, et quorumcumque piorum locorum, singulis anais teneantur reddere rationem administrationis Ordinario: consuetudinibus, et privilegiis quibuscumque in contrarium sublatis; nisi secos forte in institutione, et ordinatione talis ecclesiæ, seu fabricæ expresse cautum esset. Quod sit ex consuetudine, aut privilegio, aut ex constitutione aliqua loci, aliis ad id deputatis ratio reddenda esset; tunc cum iis adhibeatur etiam Ordinarius: et aliter factæ liberationes dictis administratoribus minime suffragentur.*” (En LÓPEZ DE AYALA, I. y LATRE, M. *El Sacrosanto y ecuménico Concilio de Trento. Con el texto latino corregido según la edición auténtica de Roma publicada en 1564*. Barcelona, 1847, pp. 238-240.

⁹² Cfr. SENDÍN GARCÍA, M. A., Op. cit., p. 1053.

⁹³ “*Por la misma razón de los gravísimos impuestos con que están gravados los bienes de los legos, y de la incapacidad de sobrellevarlos a que se reducirían con el discurso del tiempo, si aumentándose los bienes que reciben los eclesiásticos por herencias, donaciones, compras u otros títulos, se disminuyese la cantidad de aquellos en que hoy tienen los seglares en dominio, y están con el gravamen de los tributos regios; ha pedido a Su Santidad el rey católico se sirva ordenar que todos los bienes que los eclesiásticos han adquirido desde el principio de su reinado, o que en adelante adquieren con cualquier título, están sujetos a aquellas mismas cargas a que lo están los bienes de los legos. Por tanto, habiendo considerado S. S. la cantidad y cualidad de dichas*

propugnan que no se desvíen a otros fines los bienes cedidos a los pobres y marcan como ideal programático es de utilidad pública. De esta manera, Bernardo WARD, a quien podemos considerar exponente de la base doctrinal del pensamiento ilustrado en nuestro país, propone reorientar la caridad, controlando el destino de los bienes cedidos para obras benéficas y unificar los distintos institutos benéficos que existían en esos momentos en España bajo la coordinación y dirección de un organismo que denomina "*Hermandad de la Obra Pía*" que, amparada por el poder real, estudiase los aspectos financieros de la beneficencia –colectas, limosnas, legados, lotería nacional...– y sentase las bases para una utilización eficaz de los recursos. Otras ideas que propone son la intervención estatal de los hospicios, una racionalización de los servicios prestados, la cuantificación de los establecimientos de beneficencia en España o la comercialización de frutos de los trabajos realizados por asilados⁹⁴. Tales propuestas denotan la existencia de un deseo por parte del estado de controlar los establecimientos de beneficencia.

En 1757 se restablecieron las leyes de amortización, que tenían como finalidad restringir la adquisición de bienes raíces por parte de las manos muertas. Pero por otro lado, como a pesar de esta legislación amortizadora, el criterio de utilidad pública aconsejaba el mantenimiento de las fundaciones piadosas se conservó la creación de fundaciones benéficas, tratando, eso sí, de evitar que mediante ellas se fomentara la mendicidad.

Podría decirse que es en el reinado de Carlos III cuando el gobierno interviene, por primera vez, en el control de las fundaciones en beneficio público, constituyéndose, por medio de Instrucción de 15 de mayo de 1788, un protectorado sobre las mismas. También se creó, por Breve de Pío VI de 14 de marzo de 1780, inserto en Real Cédula de 1 de diciembre de 1783, entre otros recursos, el *Fondo Pío Beneficial*. No obstante, del mismo modo que en los países protestantes, las normas relativas a la beneficencia que ven la luz en este perí-

cargas, y la imposibilidad de soportarlas, a que los legos se reducirían si por orden a los bienes futuros no se tomase alguna providencia; no pudiendo convenir en gravar a todos los eclesiásticos, como se suplica, condescenderá solamente en que todos aquellos bienes que por cualquier título adquieren cualquiera iglesia, lugar pío o comunidad eclesiástica, y por esto cayeren en mano muerta, queden perpetuamente sujetos desde el día en que se firmare la presente concordia, a todos los impuestos y tributos regios que los legos pagan, a excepción de los bienes de primera fundación; y con la condición de que estos mismos bienes que hubieren de adquirir en lo futuro, queden libres de aquellos impuestos que por concesiones apostólicas pagan los eclesiásticos, y que no puedan los tribunales seculares obligarlos a satisfacerlos, sino que esto lo deban ejecutar los obispos". (Artículo 8º del Concordato de 1737, consultado en TEJADA Y RAMÍRO, J. Colección Completa de *Concordatos Españoles*. Madrid, 1862, p. 103)

⁹⁴ Las propuestas de WARD se encuentran en *Obra Pía. Medios de remediar la miseria de la gente pobre en España*. Valencia, 1750; y *Proyecto económico en que se proponen varias providencias dirigidas a promover los intereses de España con los medios y fondos necesarios para su planificación*, obra póstuma publicada por JOVELLANOS RAMÍREZ G. M. de, Madrid 1779.

odo, surgen, ante todo, para prevenir la mendicidad. Así surgen las medidas para recogimiento de mendigos, contra los pretendientes que invadían la Corte, contra los titiriteros y los gitanos, la Ordenanza de vagos y las levas que obligaban a servir en la marina o en el ejército a los ociosos y a los mal entretenidos.

Estas medidas transformadoras de la beneficencia han sido consideradas suficientes por algunos autores como VILLAR EZCURRA, para afirmar que, durante el siglo XVIII, ya puede hablarse de un auténtico servicio público de beneficencia. No comparte esta afirmación GARRIDO FALLA, que entiende que la intervención administrativa que se produce en este período, aunque sienta las bases de una futura actividad de servicio público de beneficencia, no deja de ser actividad de policía. Considera, por tanto, que no se puede hablar de la existencia de un servicio público de beneficencia en sentido estricto hasta mediados del siglo XIX.⁹⁵

El punto de partida del servicio público de beneficencia lo marca la Constitución Española de 1812 al afirmar, en el número sexto de su artículo 321, que “Estará a cargo de los Ayuntamientos (...) 6º... Cuidar de los Hospitales, Hospicios, casas de expósitos, y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban”.⁹⁶ De forma paralela, a tenor de lo recogido en el número octavo del artículo 335 del mismo texto constitucional “Tocará a estas Diputaciones (...) 8º... Cuidar de que los establecimientos piadosos y de beneficencia llenen su respectivo objeto, proponiendo al Gobierno las reglas que estimen conducentes para la reforma de los abusos que observaren”.

Los textos legislativos más importantes de la época son la Ley de 23 de enero de 1822⁹⁷ y la Ley de 20 de junio de 1849. La de 1822 fue la primera ley de beneficencia promulgada en España. Destaca por ampliar los principios que las Cortes de Cádiz habían consagrado en la Constitución de 1812 y también sobresale, a juicio de la doctrina, por su carácter marcadamente municipalista al atribuir a los municipios –a través de unas juntas municipales de beneficencia– la responsabilidad plena de ordenar todos los establecimientos de beneficencia que se ubicasen en su territorio, reglamentando la administración de sus

⁹⁵ GARRIDO FALLA, F. *La beneficencia general y particular. Situación y perspectivas*, en Problemas fundamentales de la beneficencia y asistencia social, 1967.

⁹⁶ Constitución Española de 1812 en Congreso de los Diputados, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *Constituciones españolas*. 2011.

⁹⁷ Decreto de Cortes de 27 de diciembre de 1821, fue sancionada el 23 de enero de 1822 y promulgada el 6 de febrero de 1822, nos imaginamos que, por este motivo, en la literatura científica que trata sobre la beneficencia no siempre aparezca denominada de la misma manera; ya que, sin ningún género de dudas toda la bibliografía consultada se refiere al mismo texto legal, aunque llamándole de distinta manera. Fundamentan esta opinión no sólo la identidad de contenido sino también el hecho de que coincida la referencia al Decreto de Cortes de 27 de diciembre de 1821.

fondos. Este sistema, que a juicio de AGUILAR HENDRICKSON, atesoraba la virtud de concentrar la responsabilidad plena del cumplimiento de los deberes públicos de beneficencia, a los que había de atender la administración, en un único ente político para cada territorio, no terminó de aplicarse por tres motivos fundamentales: i) imposibilitaba conformar un sistema general razonablemente homogéneo de beneficencia, ii) chocaba con la organización administrativa y su distribución competencial⁹⁸ y iii) no menos importante, aunque menos profundo, esta Ley sólo estuvo vigente durante un año ya que, como es sabido, con la restauración absolutista tras el trienio liberal –la conocida Década Ominosa– fue derogada, al igual que todas las disposiciones del período constitucional.

No obstante lo anterior, lo decisivo de esta norma es que supone que la actividad asistencial ha pasado a ser una actividad administrativa. Así lo entiende HERNÁNDEZ IGLESIAS,⁹⁹ con el entusiasmo propio de su cargo y en el estilo de la época, al afirmar *“He aquí el servicio de la beneficencia completamente secularizado, y hecho una de las primeras funciones de la Administración pública”*.

En período de la regencia del Duque de la Victoria, y por Real Decreto de 8 de septiembre de 1836, se restablece la Ley de Beneficencia de 1822, pero nombrando una Comisión con encargo de proponer al Ministro de Gobernación un plan de beneficencia pública. Según HERNÁNDEZ IGLESIAS, este hecho, junto con la discusión en 1838 de un proyecto de nueva ley de beneficencia,¹⁰⁰ más acorde con las instituciones fundamentales del Estado, evidencia las “naturales resistencias” que encontraba la Ley de Beneficencia de 1822, motivo por el cual Espartero encargó a una comisión, por Decreto de la Regencia de 29 de julio de 1841, la redacción de un proyecto de ley sobre la materia que estableciese una oportuna subdivisión, administración y dependencia de establecimientos piadosos, siendo la idea base la centralización de todos los fondos aplicados a beneficencia, sin perjuicio del respeto –cuando fuera útil y posible– a la voluntad de los fundadores.

Este Decreto se verá completado por otras disposiciones que van perfilando la beneficencia hasta su definitiva regulación por la Ley de 1849. Esas

⁹⁸ HERNÁNDEZ IGLESIAS, jefe de la sección de Beneficencia del Ministerio de la Gobernación, la critica en su obra *La beneficencia en España*, 1876 afirmando: *“El pensamiento de sistematizar la administración de las instituciones benéficas era muy conforme a los buenos principios de gobierno y al espíritu de los tiempos; pero la forma no fue acertada. Las juntas municipales y los ayuntamientos, que siempre serán entendidos y celosos directores de los establecimientos locales, no podrían administrar los provinciales o generales sin tomar parte en la administración general, contra la indole de sus facultades y en perjuicio del Estado. (...)”*.

⁹⁹ Cf. HERNÁNDEZ IGLESIAS, F. Op. cit. Tomo I, p. 86.

¹⁰⁰ Este proyecto de ley fue presentado al Senado el 31 de mayo de 1838 e incluía sustanciales reformas tanto en la organización como en la regulación de los recursos de la beneficencia pública.

disposiciones van a ir en la línea de perfilar la intervención del poder público en las instituciones particulares, esbozándose la figura del Protectorado. Merece ser destacada, dado que el objeto del presente estudio es la regulación que de las disposiciones in bonum animae se contiene en el artículo 747 del Código Civil, la Orden de la Regencia de 24 de enero de 1842 en la que se encargaba al jefe político de Sevilla que hiciera entender al Cabildo catedralicio, que correspondía al Gobierno, como “protector nato de todos los establecimientos de beneficencia”, la potestad de inspeccionarlos y adoptar cuantas providencias estimase oportunas para corregir los abusos que se pudieran cometer. Es importante por cuanto que atribuye al jefe político, antecedente del gobernador civil¹⁰¹, ciertas competencias en materia de beneficencia, lo que nos pondría en la pista sobre el por qué de la mención de la figura del gobernador civil en el precepto objeto de nuestro estudio. En otras disposiciones se contemplan y mantienen atribuciones similares a los gobernadores civiles, refiriéndose siempre estas competencias a la potestad de inspección, pero no a la de organización o dirección.

La Ley de 20 de junio de 1849 y el Reglamento de 14 de mayo de 1852, que la desarrolla, van a insistir en la idea de la titularidad pública de la beneficencia, hasta tal punto que, como señala SENDÍN GARCÍA¹⁰², algunos autores de la época van a definir la beneficencia como “caridad social ejercida oficialmente,” destacando, además, que el Estado se ha apoderado¹⁰³ de todos los bienes que poseían los establecimientos de beneficencia, asumiendo las necesidades propias de la misma. No obstante, en el artículo 1 de la Ley se va a dejar una puerta abierta a los establecimientos privados de beneficencia,

¹⁰¹ La figura del jefe político es creada por el artículo 324 de la Constitución de Cádiz (“*El gobierno político de las provincias residirá en el jefe superior, nombrado por el Rey en cada una de ellas*”). El gobernador civil nace en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto de 23 de octubre de 1833, aunque va ha recibir distintas denominaciones. Por Real Decreto de 29 de septiembre de 1847, se recupera la denominación de “gobernador civil”. Tal nomenclatura se mantendrá hasta la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en la que el gobernador civil es sustituido por el subdelegado del gobierno, al que se atribuyen todas sus competencias y atribuciones, excepto las competencias sancionadoras previstas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que serán asumidas por el delegado del gobierno en la comunidad autónoma.

¹⁰² SENDÍN GARCÍA, M. A. Op. cit., p. 1055.

¹⁰³ Está claro que excede el objeto del presente estudio, pero nos parece interesante traer a colación que los procesos desamortizadores llevados a cabo en este siglo afectaron profundamente a la beneficencia por cuanto supusieron, de facto, el desmantelamiento de la beneficencia particular; generando un vacío que el Estado no fue capaz de llenar. Como señala SENDÍN, citando a DE LORENZO GARCÍA, la operación desamortizadora suprimió la base de riqueza material sobre la que se había sustentado la Iglesia hasta entonces y ello sin duda con efectos y consecuencias evidentemente perjudiciales para las clases más débiles de la sociedad, al ser desmantelados en gran parte, con la desamortización, los establecimientos benéficos esenciales, fundamentalmente eclesiásticos o de carácter “paraeclesiástico.”

siempre que estos cumplan con el objeto de su fundación, se costeen exclusivamente con fondos propios y su dirección y administración se atribuya a corporaciones autorizadas por la administración o a patronos designados directamente por el fundador.

La Ley de Beneficencia de 1849 viene a corregir el afán “municipalizador” de la de 1822, estableciendo un modelo que durará más de un siglo. Así, aunque el artículo 4 es claro al atribuir la dirección de la beneficencia al Gobierno, a lo largo de su articulado procede a distribuir la responsabilidad pública entre varios niveles de la administración¹⁰⁴, asignando cada uno de los diferentes tipos de establecimientos previstos en el propio texto legal a un nivel de la administración. Así, en el momento de aplicar de manera concreta lo previsto en la normativa, la administración central tiene un papel relativamente limitado, encargándose de un pequeño grupo de establecimientos caracterizados por su alto nivel de especialización y de la tutela de la beneficencia privada; el nivel municipal es el encargado de la asistencia domiciliaria y de la función de “puerta de acceso” a los servicios de otros niveles; el nivel provincial, por su parte, es el responsable del grueso de los servicios residenciales, tanto sanitarios como sociales. Este modelo supone otorgar un gran protagonismo a las diputaciones, protagonismo que se irá incrementando con el transcurso del tiempo.

A lo largo de los siglos XIX y XX, independientemente del régimen vigente, la legislación sobre beneficencia no experimenta cambios, siendo la única cuestión digna de mención los enormes problemas económicos de los que siempre adoleció este servicio, pudiendo llegar a afirmarse que en muchos sentidos no llegó a cumplir los objetivos que se proponía. Así, AGUILAR HENDRICKSON considera que se trataba de un modelo residual de política social liberal e incapaz de hacer frente a la cuestión social y a las nuevas formas de pobreza. Por ese motivo lo considera un fracaso que, lentamente ha sido superado por un progresivo desarrollo de la previsión social.

No obstante, la beneficencia pública sobrevive al nacimiento de la previsión social, aunque ocupando un lugar marginal de la acción social del Estado, hasta su desaparición nominal en la Constitución de 1978, implícita en las distintas leyes de servicios sociales,¹⁰⁵ promulgadas por las distintas comunidades autónomas en la década de los ochenta. Esta lenta agonía culminará en 1992, cuando la Ley de Beneficencia de 1849 es finalmente derogada.

¹⁰⁴ Para auxiliar el Gobierno en la dirección de la beneficencia, crea la Junta General de Beneficencia con sede en Madrid, una junta provincial en cada capital de provincia y, en los pueblos, las juntas municipales.

¹⁰⁵ Vg. Ley 6/1982, de 20 de mayo, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de Servicios Sociales; Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, de Servicios Sociales; o Ley 11/1984, de 6 de junio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, de Servicios Sociales.

En resumen, y a efectos de analizar lo que pudiera afectar al objeto del presente estudio podemos subrayar los siguientes aspectos:

- i. La Ley de Beneficencia de 1849 no hace referencia al gobernador civil. No le atribuye ninguna competencia de dirección ni de gestión en materia de beneficencia.
- ii. No obstante lo anterior, el artículo 7 de ese texto legal dispone que uno de los integrantes de las juntas provinciales de beneficencia es el jefe político. Lo cierto es que tal denominación es confusa ya que, como se ha señalado en nota al pie en el presente capítulo, si bien es cierto que el jefe político es un antecedente del gobernador civil, no existe una equivalencia, ni una relación de identidad entre ambas figuras. Además, la denominación jefe político, no está acorde con lo previsto en el Real Decreto de 29 de septiembre de 1847, que regula la figura del gobernador civil.
- iii. Dicho lo anterior, y en cualquier supuesto, en caso de considerar que el gobernador civil disfruta de competencias en materia de beneficencia, las mismas le son atribuidas en su condición de integrante de un órgano colegiado, no por ser gobernador civil.
- iv. Pese a lo anterior, diversas órdenes, posteriores a la Ley de 1849, facultan y compelen al gobernador civil a realizar labores de inspección en materia de beneficencia.
- v. Sin embargo la Ley de nueva demarcación territorial de 1854, va a afectar a la atribución de competencias en materia de beneficencia, viniendo a confirmar la competencia de las instituciones locales: diputaciones provinciales y ayuntamientos.
- vi. Las nuevas leyes de servicios sociales, atribuyen las competencias en esta materia a las Comunidades Autónomas y a los municipios integrantes de su territorio, no contemplando la figura del gobernador civil ni la del actual subdelegado del gobierno.

6. CONCLUSIONES

Primera.- Sin entrar en otras consideraciones sobre el origen de las disposiciones en beneficio del alma y de su regulación, aspectos ambos que se han desarrollado a lo largo de este trabajo, es muy importante detenerse en el siguiente aspecto: las normas que, ya en la edad media, regulan esta institución nacen, fundamentalmente, para poner freno a libertad de disposición del testador.

Segunda.- Si bien es cierto que tales trabas a la libre disposición por parte del testador podrían parecer razonables cuando se esgrime como argu-

mento la protección de los legitimarios, no es menos cierto que, en muchas ocasiones –tal y como se ha expuesto a lo largo del trabajo y como reconocen los comentaristas de la época– muchas de las disposiciones legales que regulan las instituciones en beneficio del alma en el medievo, tienen su razón de ser en la intención real de poner freno a estas disposiciones por los “abusos” cometidos por la Iglesia. Tales abusos vendrían ocasionados no sólo por los posibles perjuicios económicos que podía sufrir la hacienda real, sino también por la atribución que, para conocer de estos asuntos, pretendían atribuirse los tribunales eclesiásticos, sustrayéndolos a la jurisdicción real.

Tercera.- En la evolución histórica de la monarquía española se termina por llegar a un momento, entre las edades moderna y contemporánea, en el que tienen amplia difusión las doctrinas regalistas. En este contexto histórico, con continuas reclamaciones del poder real a la Santa Sede, y de continuas querrelas y disputas, es donde van evolucionando esas normas que regulan las disposiciones en favor del alma. Dichas normas se caracterizan, como no podía ser de otra manera dado el contexto, por un intento del poder real de incrementar su control sobre las disposiciones en beneficio del alma, tratando de terminar con cualquier atisbo de influencia eclesiástica. De forma paralela, el poder real va a incrementar su influencia y presencia en los establecimientos de beneficencia, existentes en gran medida gracias a las disposiciones testamentarias en beneficio del alma, tratando de desplazar tanto la presencia como la influencia eclesiástica.

Cuarta.- La creciente influencia del poder real, así como las sucesivas políticas desvinculadoras, producen que en la evolución legislativa, llegue a desvirtuarse el concepto y la esencia de las disposiciones en beneficio del alma. De forma paralela se va transformando el concepto y la esencia de los establecimientos de beneficencia, hasta que esta actividad queda convertida en un servicio público.

Quinta.- Entendemos razonable considerar que todo lo anterior influye de forma decisiva en la redacción del artículo 747 del Código Civil, cuyo texto no tiene un precedente claro en nuestro Derecho y no puede comprenderse sin atender a todos estos antecedentes. La atribución del cincuenta por ciento de los bienes al gobernador civil para proceder a su reparto entre los establecimientos de beneficencia supone una injerencia estatal que es inexplicable, no sólo por no respetar la voluntad del testador, sino por destinar a una finalidad como la beneficencia, que ha sido desligada y desposeída de su carácter espiritual y religioso para convertirla en un servicio público administrativo, el patrimonio incluido en una disposición testamentaria que persigue una finalidad de carácter marcadamente religioso.

Sexta.- Tampoco nos parece comprensible la referencia expresa a la figu-

ra del gobernador civil, ya que ninguna de las leyes de beneficencia le reconoce competencias de gestión y dirección de los servicios de beneficencia, más allá de su integración en un órgano colegiado de gestión. Entendemos, es sólo una suposición, que la referencia y las atribuciones realizadas por el artículo 747 al gobernador civil, pueden responder, precisamente, al influjo regalista.

Séptima.- En el actual contexto, un precepto legal como el artículo 747 del Código Civil, en su actual redacción, constituye una rémora del pasado, que no tiene razón de ser porque:

1. Sigue suponiendo contravenir la voluntad del causante libremente expresada a través de un testamento.
2. Es un hecho evidente, que ya no existe la figura del gobernador civil y que su sustituto, el delegado del gobierno, no tiene competencias en materia de servicios sociales, que corresponden a las comunidades autónomas.
3. Ya no existe la beneficencia, careciendo los actuales servicios sociales de la naturaleza de la que esta gozaba.
4. Es un artículo que podría ir en contra de los Acuerdos entre la Santa Sede y España, en cuanto puede llegar a suponer una cortapisa al derecho fundamental de adquirir bienes por cualquier medio lícito en derecho reconocido a la Iglesia.
5. Podría suponer una clara vulneración de la libertad religiosa, en cuanto a que sólo grava las disposiciones testamentarias realizadas por ciudadanos católicos y que podrían beneficiar a la Iglesia Católica.

Octava.- Entrando en lo contemplado en último lugar, lo lógico sería eliminar del Código Civil este precepto. No nos parece que lo más razonable sea, como propugnan algún sector doctrinal y las leyes forales de Aragón y Cataluña, extender esta regulación a los miembros de otras confesiones religiosas. Tal actitud supondría “igualar en la discriminación”.

Novena.- Nos parece lógico concluir que una referencia el bien del alma en una disposición testamentaria, viene claramente influenciada y es expresión de la propia fe del disponente. La libertad a profesar esa fe aparece consagrada en la Constitución.

7. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR HENDRICKSON, Manuel. *La huella de la beneficencia en los servicios sociales*. En Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria-Revista de Servicios Sociales. Número 48-2010, pp. 9-16.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís. *La ordenación legal de los servicios sociales en Navarra*. En Revista Jurídica de Navarra. Número 25-1998, pp.

283-300.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Consulta de legislación en la página web <www.boe.es>.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *Comentario a la ley 299 del Fuero Nuevo de Navarra*. En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Tomo XXXVII, Vol 2º. Madrid, 2001.

CARRANCHO HERRERO, María. Teresa. *La constitución de fundaciones*. Madrid, 1997.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Constituciones españolas*. 4ª edición. Madrid, 2011.

CORTES GENERALES Y EXTRAORDINARIAS. *Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias (...) mandada publicar de orden de las mismas*. Sevilla, 1820.

DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho. *Comentario Crítico-Jurídico-Literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*. Tomo primero. Madrid, 1827.

DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN BALLESTEROS Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, 11ª edición-2ª reimpresión. Madrid, 2005.

EDITORIAL ARANZADI (GRUPO THOMSON-REUTERS). *Westlaw*. Repertorio on-line de Jurisprudencia y Legislación. (<www.westlaw.es>)

EDITORIAL LA LEY (GRUPO WOLTERS KLUWER) *La Ley Digital*. Repertorio on-line de Jurisprudencia y Legislación. (<www.laleydigital.es>)

ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio. *Curso de Historia del Derecho*. 3ª edición. Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Edición del Código Civil*. Pamplona, 2006.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO Y ARCIMÍS, Luís. *La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media*. En Anuario de Historia del Derecho Español, Número IX-1932, pp. 129-176.

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Madrid, 1852.

GARCÍA LARRAGUETA, Santos. *Cartas de Indulgencia*. En Historia, Instituciones, Documentos. Número 16-1989, pp. 319-356.

GÓMEZ RIVERO, Ricardo. *Ministros del Consejo de Castilla (1814-1820)*. En Anuario de Historia del Derecho Español. Número LXXV-2005.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel. *Comentario al artículo 747 del Código Civil*. En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Tomo X, Vol 1º. Madrid, 1987.

GONZÁLEZ Y SERRANO, José. *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro. Continuación del que empezó a publicar el Excmo. Sr. D. Joaquín Francisco Pacheco. Obra Póstuma*. Tomo II. Madrid, 1876.

GUILARTE ZAPATERO, Alfonso. “Legados piadosos” en el antiguo Derecho castellano. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 221-1946, pp. 603-612. –Referido en el índice y encabezamiento del artículo como obra de “La Redacción,” pero firmado a pie por el autor reseñado.–

HERNÁNDEZ IGLESIAS, Fermín. *La Beneficencia en España*. Tomos I y II. Madrid, 1876.

LA JUSTICIA, revista peninsular y ultramarina de legislación, jurisprudencia y administración pública. *Jurisprudencia Civil. Colección de las Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia*. Tomo II. Madrid, 1866.

LÓPEZ DE AYALA, Ignacio/LATRE, Mariano. *El Sacrosanto y ecuménico Concilio de Trento. Con el texto latino corregido según la edición auténtica de Roma publicada en 1564*. Barcelona, 1847.

MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José. *Herencias a favor del alma en el Derecho español*. Madrid, 1944.

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil español*. Tomo VI. Madrid, 1911.

MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA. *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Primer semestre de 1864*. Madrid, 1865.

NAGORE YARNOZ, Javier. *Comentario a la ley 187 del Fuero Nuevo de Navarra. En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo XXXVII, Vol 1º. Madrid, 1998.

PACHECO, Joaquín Francisco. *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*. Madrid, 1862.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*. 2ª edición. Madrid, 2006.

RAMÓN FORT, Carlos. *El Concordato de 1851*. Comentado. Madrid, 1853.

RODRÍGUEZ-VILLAMIL, José María. *Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos Reales*. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 232-1947, pp. 565-573.

SÁNCHEZ ROMAN, Felipe. *La codificación civil en España (...)* Madrid, 1890.

SANPONS Y BARBA, Ignacio/MARTI DE EIXALÁ Ramón/FERRER Y SUBIRANA, José. *Siete partidas del Sabio rey Don Alfonso el IX, –sic- con las variantes de más interés y con la glosa del Lic.*

Gregorio López (...) Tomo III. Barcelona, 1843.

SCHOUPE, Jean-Pierre. *Derecho Patrimonial Canónico*. Pamplona, 2007.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Los servicios públicos en el siglo XIX*. En Anuario de Historia del Derecho Español. Número LXXV-2005, pp. 1037-1073.

TEJADA Y RAMÍRO, Juan. *Colección Completa de Concordatos Españoles*. Madrid, 1862.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Sentencias del Tribunal Supremo. Derecho de Sucesiones*. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número 458-1967, pp. 145-200.

VV. AA. *Comentarios a los artículos 218 y 241 de la Compilación de Cataluña*. En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Tomo XXIX, Vol 2º. Madrid, 1984.

VV. AA. *Gran Enciclopedia Rialp*. Tomo XII. 6ª edición. Madrid, 1991.