



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

JULIO~SEPTIEMBRE 1994

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por
Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Gráficas Minaya, S.A. - calle Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa

REVISTA
ESPAÑOLA
DE
NOTARIADOS
1996

Dirección:
Ruiz de Alarcón, 3
28014 MADRID

Tfno.: 91-531.49.05
Fax: 91-521.15.53

SUMARIO

Estudios

- 9 CABANAS TREJO, Ricardo; CALAVIA, José Manuel y MACHADO PLAZAS, José: "El Régimen Jurídico de la disolución, liquidación y extinción en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada"
- 81 LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique: "Derecho Civil común de España y Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas"
- 233 PRADA GONZALEZ, José María de: "Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones"

Actualidad jurídica

A) *Informes y comunicaciones*

- 235 — MARIN LOPEZ, Enrique: "Responsabilidad de los interventores judiciales en las suspensiones de pagos".

B) *Notas bibliográficas*

- 335 — FERNANDEZ DEL POZO, Luis: "La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en el Egipto Faraónico", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1993, 251 págs.
- 312 — NUÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados: "La accesión en las edificaciones". Prólogo de Don Manuel Albaladejo García, Editorial José María Bosch, S.A., Barcelona, 1994, 194 págs.

EL REGIMEN JURIDICO DE LA DISOLUCION, LIQUIDACION Y EXTINCION EN EL PROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

9

RICARDO CABANAS TREJO

Notario

Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona

JOSÉ MANUEL CALAVIA

Abogado

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona

JOSÉ MACHADO PLAZAS

Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SUS CAUSAS. 2.1. Consideración previa. 2.2. La disolución de pleno derecho: el cumplimiento del término fijado en los estatutos y el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo formal

de reducción por debajo del mínimo legal sin la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo de transformación, de disolución o de aumento del capital. **2.3.** La disolución voluntaria o por mero acuerdo de la Junta general de socios. **2.4.** La disolución de la sociedad por acuerdo de la Junta general o, en su defecto, por resolución judicial como consecuencia de la concurrencia de una determinada causa legal. **a.** *Planteamiento.* **b.** *La conclusión de la empresa social que constituye el objeto social.* **c.** *La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.* **d.** *La paralización de los órganos sociales.* **e.** *Pérdida de la mitad del capital social.* **f.** *La reducción del capital social por debajo del mínimo legal cuando sea consecuencia del cumplimiento de una Ley.* **g.** *Falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social durante dos años consecutivos.* **h.** *Causas de disolución de naturaleza estatutaria.* **2.5.** La disolución por quiebra. **2.6.** Consecuencias jurídicas de la concurrencia de las causas legítimas de disolución. **2.6.1.** *Consideración general.* **2.6.2.** *El acuerdo social.* **2.6.3.** *La disolución judicial.* **2.6.4.** *La responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales.* **2.7.** La reactivación de la sociedad disuelta. **3.** LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. **3.1.** Consideraciones generales. **3.2.** Período de liquidación. **3.3.** Los liquidadores. **3.3.1.** *Planteamiento.* **3.3.2.** *Nombramiento y duración del cargo.* **3.3.3.** *Estructura del órgano de liquidación.* **3.3.4.** *Funciones y poder de representación.* **3.3.5.** *Régimen jurídico y responsabilidad.* **3.3.6.** *Separación.* **3.4.** Operaciones de liquidación. **3.5.** Las cuentas durante la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada. **3.6.** La cuota de liquidación y su reparto. **3.7.** La cesión global del activo y pasivo como liquidación especial simplificada. **4.** LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. **4.1.** Consideración general. **4.2.** La cancelación de los asientos registrales. **4.3.** Activo y pasivo sobrevenidos. **5.** VALORACIÓN CRÍTICA.

1. Introducción

Uno de los capítulos más deficientes de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 es el destinado a la disolución y liquidación. El legislador ha pretendido con apenas tres artículos regular una materia como la extinción de la sociedad de responsabilidad limitada, de tanta transcendencia para la sociedad y para los socios, pero también acreedores y tráfico en general (1).

En el actual régimen jurídico de la disolución y liquidación pueden destacarse, de entrada, tres características.

La primera, que el tratamiento de la disolución se resuelve a través de la técnica legislativa de la remisión a los arts. 260 y sigs. LSA. Así, el art. 30 LSRL 1953 dispone que “la sociedad de responsabilidad limitada se disolverá por las mismas causas y con los mismos efectos que la sociedad anónima”.

La segunda, que también falta una regulación de la liquidación en la Ley, remitiendo el legislador “a lo dispuesto en la escritura de constitución y en el Código de Comercio” (art. 32 LSRL 1953). En ese sentido, el CódCom 1885 contiene una normativa muy arcaica, que, como se ha señalado en nuestra doctrina, “muestra una muy escasa protección a los acreedores por considerar la liquidación como un asunto de interés exclusivo de los socios” (2) y, por tanto, someti-

11

(1) CARLON, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, en MOTOS/ALBALADEJO, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, XIII, Madrid, 1984, pág. 327.

(2) CARLON, *Ley de sociedades de Responsabilidad Limitada*, ob. cit., pág. 325. Aun tratándose de una materia de extraordinaria importancia, la Exposición de motivos de la LSRL 1953 no le dedica ni la más remota referencia, limitándose a señalar que “VII. Las causas generales de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada se fijan tomándolas de la Ley sobre Régimen jurídico de la Sociedad Anónima. Se ha estimado, a tal objeto, que esa enumeración es más completa que la del art. 221 del Código de Comercio, a la vez que resuelve la cuestión suscitada por la transcendencia de la quiebra como causa de disolución, y que indirectamente establece una importante norma de la protección de los acreedores al prever la disolución para el caso en que las pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social”.

do, dado su carácter dispositivo, a las reglas fijadas por la voluntad de éstos en la escritura de constitución.

En cuanto a la coordinación entre ambas remisiones, ya ha puesto de manifiesto nuestra doctrina (3) que la LSA se aplica al régimen de la disolución (no sólo las “causas”, sino también los “efectos”, y entre ellos se ha de incluir el art. 262 LSA, con la sanción que impone a los administradores) y a la apertura de la liquidación, mientras que el nombramiento de liquidadores, el estatuto jurídico de los mismos y el procedimiento liquidatorio quedan sujetos a lo previsto en la escritura social y en el CódCom. A esto ha de sumarse, que el RRM ha venido a establecer nuevos requisitos que no aparecen exigidos por las normas sustantivas aplicables, como la exigencia de publicación del balance final de liquidación en el BORME (art. 212.2.1.º RRM).

12 Finalmente, el art. 31 LSRL prevé la disolución parcial de la sociedad de responsabilidad limitada por exclusión de algún socio, “por los motivos previstos en los números 1.º, 2.º y 7.º del artículo 218 del Código de Comercio” (4), o del socio administrador que se dedique por cuenta propia o ajena al mismo género de comercio que constituye el objeto de la sociedad (art. 31 rem. art. 12 LSRL).

El objetivo primordial del Capítulo X (“De la disolución y liquidación”) del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 20 de enero de 1994 (5) es, precisamente, subsanar las deficiencias y, de manera más espe-

(3) BOLÁS y otros, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1992, pág. 346.

(4) Sobre la exclusión, *vid.*, especialmente, GARCÍA VILLAVERDE, “El ejercicio del derecho de exclusión en las sociedades de responsabilidad limitada”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, págs. 241 y sigs., ID., “Exclusión de socios”, en *Reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, *RdS*, número extraordinario, 1993, págs. 367 y sigs.; BONARDELLI, “Separación y exclusión de socios”, en BONARDELLI/MEJÍAS/NIETO, *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1994, págs. 773 y sigs., esp. 804.

(5) PL 121/000034, de 20 de enero de 1994, en BOC/CD, Serie A, 25 de enero de 1994 (PLSRL).

cífica, colmar las lagunas normativas que, en esta materia, presenta la todavía vigente LSRL 1953 (6). A dicho fin dedica nada menos que 26 artículos (arts. 105 a 125, inclusive), distinguiendo la disolución, a la que destina la Sección 1.^a (arts. 105 a 109) de la liquidación, regulada detalladamente en la Sección 2.^a (arts. 110 a 125). Una mera lectura de los preceptos mencionados permite constatar, de un lado, que en materia de disolución el PLSRL 1994 se decanta por establecer un régimen jurídico idéntico al de la anónima, con algunas mejoras que responden a las críticas que, en los últimos años, la doctrina le ha dedicado por las dudas teóricas y prácticas que suscita el texto de los arts. 260 y sigs. LSA; de otro lado, se aprecia una mejora notable en sede de liquidación, donde la reforma cumple, en muchos casos con acierto, la finalidad de completud de régimen y de tutela de los intereses que la justifica, así como la de facilitar la extinción de la sociedad (7).

13

De entrada, ha de señalarse que la denominación más adecuada del Capítulo X debería ser, a nuestro juicio, la de “extinción”, en la medida que la disolución y liquidación constituyen sólo dos fases de un procedimiento más complejo que se abre con la causa de disolución, continúa con la liquidación, división del haber social y ultima con la extinción o desaparición de la sociedad (8). Partiendo de esta separación tradicional del proceso de extinción, se aborda, en este trabajo, ciñéndonos al análisis de la regulación del PLSRL, en primer lugar el estudio de la disolución de la sociedad de responsabilidad limitada y sus causas (v. 2), en segundo término el de la liquidación (v., 3), y finalmente el de la extinción propiamente dicha (v., 4).

(6) ROJO, “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, en AA.VV., “La Futura Ley de Sociedades Limitadas”, *GN*, Madrid, 1993, págs. 37 y sigs., esp. 37-38 y en *RCDI*, octubre 1993, págs. 1487 y sigs.

(7) Sobre la finalidad de la Reforma y las opciones de la misma, *vid.*, ROJO, “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 40.

(8) GIRÓN TIENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 563.

2. La disolución de la sociedad de responsabilidad limitada y sus causas

2.1. Consideración previa.

14

En materia de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada, el PLSRL se preocupa de regular las causas de disolución (art. 105), el acuerdo de disolución, o, en su defecto, la resolución judicial (art. 106), la reactivación de la sociedad disuelta (art. 107), destinando, además, dos artículos específicos a la disolución por transcurso del término (art. 108) y a la disolución por reducción del capital por debajo del mínimo legal (art. 109). El PLSRL opta, pues, por una regulación propia de la disolución y sus causas, así como de la revocación de ésta. No obstante, dada su similitud con el régimen de la sociedad anónima (arts. 260 y sigs. LSA), creemos que este tratamiento particularizado no está justificado, debiendo resultar suficiente, a nuestro parecer, con la mera remisión a los artículos 260, 261 y 262 LSA, siempre, claro está, que estos últimos se reformen en el sentido que se apunta en el PLSRL (9).

El PLSRL establece las causas de disolución (art. 105) y la forma de operar de cada una de ellas (arts. 106, 108 y 109). De acuerdo con esta posición del legislador, pero adoptando un criterio metodológico que nos parece más adecuado (10), distinguiremos en el presente trabajo entre varias formas de disolución, en función del mecanismo operativo previsto en el PLSRL, hablando así de disolución

(9) Participa de esta orientación, BELTRÁN, "La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada", en BONARDELL/MEJÍAS/NIETO, *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., págs. 837 y sigs., esp. 842.

(10) Que, por cierto, el PLSRL rechaza para acudir a un criterio más tradicional de enumeración de "causas de disolución", vid., ROJO, "Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada", cit., pág. 43. De otra parte, obsérvese que entre las causas de disolución desaparece la fusión y escisión total de la sociedad (art. 260.1.6.º LSA), pues más que causas de disolución, son causas de extinción, así VICENT CHULIÁ, "La disolución y la liquidación de la sociedad limitada en el Proyecto de Ley de 22 de diciembre de 1993", *RGD*, mayo 1994, págs. 5603 y sigs.

de pleno derecho o imperativa (v. 2.2), disolución voluntaria o por mero acuerdo de la Junta general de accionistas (v. 2.3.), disolución por acuerdo de la Junta general o, en su defecto, por resolución judicial como consecuencia de la concurrencia de una determinada causa legal (v. 2.4.) y disolución por quiebra (v. 2.5).

2.2. La disolución de pleno derecho: el cumplimiento del término fijado en los estatutos y el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo formal de reducción por debajo del mínimo legal sin la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo de transformación, de disolución o de aumento del capital.

a) *El cumplimiento del término.*

El art. 105 PLSRL establece como “causa de disolución” de la sociedad de responsabilidad limitada el “cumplimiento del término fijado en los estatutos, de conformidad con lo establecido en el art. 108”. Este último precepto dispone que “transcurrido el término fijado en los estatutos, la sociedad se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiera sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil”. Asimismo, el transcurso del plazo de duración de la sociedad, obliga al Registrador a extender de oficio o a instancia de cualquier interesado una nota al margen de la última inscripción, en la que ha de señalar que “la sociedad ha quedado disuelta” (art. 205.1 RRM).

Se trata de una causa de disolución que no exige, pues, un acuerdo de la Junta y que provoca la apertura automática del período de liquidación con todos sus efectos, tanto frente a los socios como terceros. Si persiste la redacción del art. 14 PLSRL, que consagra como principio general que “salvo disposición contraria de los estatutos, la sociedad tendrá duración indefinida”, esta causa tendrá una naturale-

za residual, cuya aplicación sigue presentando dudas al intérprete. Cuando la duración de la sociedad no se determine directamente, sino indirectamente por referencia a ciertas circunstancias (por ejemplo, para la realización de una determinada operación, durante la vigencia de una concesión o una patente), quizá la sociedad no deba disolverse de pleno derecho (salvo que el término final sea claramente previsible) (11), sino por conclusión de la empresa que constituye su objeto; esto tiene especiales consecuencias de orden práctico, ya que esta última causa de disolución requiere acuerdo social o resolución judicial, y no impide la reactivación de la sociedad (a diferencia de lo que sucede en los supuestos de disolución de pleno derecho, *v. infra*).

16

En aras del principio de conservación de la empresa, se permite, igual que en la sociedad anónima (arts. 260.2 y 261 LSA), la prórroga del plazo inicialmente fijado en los estatutos sociales. Para ello el art. 108 PLSRL establece dos requisitos: un acuerdo expreso de prórroga (no puede ser tácito o presunto) (12) y que éste hubiera sido inscrito con “anterioridad” en el Registro Mercantil. Dicho acuerdo exigirá, no es una excepción, el cumplimiento de los requisitos y formalidades previstas para las modificaciones estatutarias (art. 74 PLSRL). En cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil, anterior al término, surge el problema del acuerdo de prórroga efectivamente anterior, pero cuya inscripción tardía en el Registro Mercantil no sea imputable a los administradores de la sociedad que la solicitaron tempestivamente. No se trata de una cuestión nueva, pues, en relación a la todavía vigente LSRL 1953, nuestra doctrina entendió,

(11) En este sentido es de especial interés la STS de 19 enero 1974 en la que se lee: “(...) no puede reputarse comprendido en el número primero del artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque éste contempla exclusivamente el supuesto de que el término de la sociedad se halle fijado en los estatutos de un modo claro y terminante, que pueda ser reconocido a través de la inscripción de aquéllos en el Registro Mercantil para conocimiento no sólo de los socios sino de los terceros, integrando una causa inequívoca e independiente de las vicisitudes sociales (...)”.

(12) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, cit., pág. 565.

merced a la aplicación del art. 141 RRM 1956, que bastaba la solicitud de la inscripción de la prórroga antes del transcurso del plazo y que ésta se practicase dentro de la vigencia del asiento de presentación (13). El nuevo RRM ha abordado esta cuestión en el art. 205.2, a cuyo tenor “la prórroga de la sociedad no producirá efectos si el acuerdo correspondiente se presentase en el Registro Mercantil una vez transcurrido el plazo de duración de la sociedad”. De todas formas, el PLSRL no permite llegar a una solución distinta, ya que según el art. 55.1 RRM, “se considera como fecha de la inscripción la fecha del asiento de presentación”.

Desde una perspectiva sistemática, la solución adoptada por el PLSRL adolece, como se ha denunciado recientemente, de una descoordinación con los efectos que a la publicidad registral asigna el art. 21.1 CódCom, precepto que dispone que “los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil” (14). Si nos atenemos a los preceptos del PLSRL, la presentación a inscripción de la prórroga anterior al transcurso del término elimina la causa de disolución pero, y he aquí el problema, los terceros podrían alegar la disolución de la sociedad, pues, según el art. 21.1 CódCom, la sociedad no podría oponer la prórroga a terceros de buena fe hasta su publicación en el BORME. La solución a esta falta de coordinación podría alcanzarse exigiendo, para la eficacia de la prórroga, no sólo la inscripción del acuerdo de prórroga sino su publicación en el BORME (15).

17

(13) Así, CARLON, *Ley de sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., pág. 333, quien añade “lo que equivale a decir, siempre que, una vez solicitada la inscripción, no existieran defectos en la documentación presentada o éstos se subsanen dentro del plazo de ocho días”.

(14) *Vid.*, BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, cit., pág. 848.

(15) BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, cit., pág. 848, que aboga incluso por la eliminación de la referencia expresa a la prórroga, “pues se entendería —según este autor— entonces, de acuerdo con las normas

Por otra parte, el acuerdo de prórroga de la sociedad dará derecho a los socios que no votaron a favor del acuerdo a separarse de la sociedad (art. 97.1.c)) en las condiciones previstas en el art. 98 PLSRL. Nos hallamos aquí en presencia de una nueva medida de tutela del socio, motivada, como se señala explícitamente en el apartado III de la Exposición de motivos del PLSRL, por el hecho de que en la sociedad de responsabilidad limitada, “por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación del socio”. Se facilita así la salida del socio contrario al cambio de una de las cláusulas esenciales en virtud de la cual (se supone, en la valoración legal) entró a formar parte de la sociedad (16).

Un supuesto especial puede plantearse cuando existan prestaciones accesorias a cargo de todos o algunos socios por toda la vida de la sociedad, ya que al haberse constituido ésta por tiempo determinado, no se infringe la prohibición del art. 22.1 PLSRL, de establecer prestaciones accesorias de duración indefinida; en tal caso, no creemos que el voto favorable a la prórroga de la sociedad implique, asimismo, la prórroga de la obligación de realizar la prestación accesorio, sino que para ello será necesario el consentimiento expreso de cada uno de los socios afectados (por analogía con el art. 25 PLSRL, ya que el acuerdo supone una modificación de la prestación accesorio) (17).

generales sobre publicidad registral, que la eficacia disolutoria quedaría enervada con la publicación de la prórroga en el Boletín Oficial”.

(16) Así MUÑOZ MARTÍN, “La disolución”, *La Reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, RdS, número extraordinario, 1993, págs. 553 y sigs., esp. 558. Para una valoración crítica de las causas de separación en los casos de reforma estatutaria, vid. CABANAS/CALAVIA, “Régimen general de la modificación de estatutos sociales en el PLSRL”, *RCDI*, 1994, septiembre-octubre, págs. 1067 y sigs., esp. 2006-2017.

(17) En Derecho alemán, en relación con las *Nebenleistungspflichten*, vid. ULMER, en AA.VV., *Hachenburg Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)*, Berlín-New York, 1983, § 60, Rdn. 23, pág. 226.

b) *El transcurso de un año desde la adopción del acuerdo formal de reducción por debajo del mínimo legal sin la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo de transformación, de disolución o de aumento del capital hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal.*

Entre las novedades del PLSRL destaca especialmente la previsión de una nueva causa legal de disolución que opera de pleno derecho y que regula el art. 109. De acuerdo con este precepto, la sociedad se disolverá automáticamente cuando haya transcurrido un año, desde la adopción de un acuerdo de reducción del capital por debajo del mínimo legal, adoptado en cumplimiento de una Ley, sin que se haya inscrito en el Registro Mercantil la transformación, disolución o el aumento del capital hasta una cuantía igual o superior al capital mínimo, que es, según el art. 4 PLSRL, de quinientas mil pesetas. Estamos en presencia de un precepto que mitiga el rigor, para igual supuesto de hecho, de los arts. 169 y 260.1.5 LSA, pues el art. 109 PLSRL tolera durante el plazo de un año que el capital social (nominal) quede por debajo del mínimo legal, pero sólo cuando la reducción sea consecuencia del cumplimiento de una obligación legal; se excluye así la reducción voluntaria. Dentro de ese plazo deberá procederse a la inscripción de un acuerdo de transformación, de disolución o de aumento del capital en los términos indicados, pues, de no procederse a ello, “los administradores responderán personal y solidariamente entre sí con la sociedad de las deudas sociales” (art. 109.2 PLSRL).

Creemos que la sanción impuesta a los administradores resulta excesiva, ya que se les debería exonerar cuando la no inscripción o inscripción tardía en el Registro Mercantil no fuera imputable a su comportamiento diligente. Las razones que conducen a abogar la supresión de esta sanción son evidentes: de un lado, no se entiende por qué ha de protegerse a los acreedores sociales si la causa de disolución

actúa al margen de la situación patrimonial de la sociedad, pues no ha de olvidarse que, a diferencia de lo que un sector minoritario defiende con insistencia, esta causa no contempla el supuesto de pérdida del capital social (18); de otro lado, la expresa legitimación para que actúe el Registrador de oficio o a instancia de cualquier interesado, dejando constancia expresa de la disolución de pleno derecho en la hoja abierta a la sociedad, suple, nos parece, un comportamiento elusivo por parte de los administradores. Con todo, este último podría ser objeto de sanción a través del mecanismo de la responsabilidad civil prevista en el art. 72.1 PLSRL, precepto que hace una remisión al régimen general previsto para los administradores de la sociedad anónima en los artículos 133 y siguientes de la LSA.

Disciplinada esta causa de disolución automática y sobre la base de la tolerancia del plazo de un año, es necesario introducir dos cambios en otros tantos artículos del Proyecto. En primer lugar, en el art. 85 PLSRL, donde debe establecerse expresamente como excepción de la prohibición de reducir el capital por debajo del mínimo legal, aquellos casos en que tal reducción sea consecuencia del cumplimiento de una ley. En segundo lugar, debería redactarse la causa de disolución consistente en la reducción del capital por debajo del mínimo legal en términos generales, sin perjuicio de hacer la oportuna salvedad para los casos de reducción obligatoria; se consigue de esta forma que tal causa de disolución pase a convertirse en la norma de cierre del sistema de protección del capital mínimo, poniendo fin a la absurda situación del Proyecto, donde la excepción (que la reducción sea consecuencia del cumplimiento de una ley) parece agotar el supuesto de hecho de la norma (19).

(18) En contra, VICENT CHULIÁ, "La disolución y la liquidación de la sociedad limitada en el Proyecto de Ley de 22 de diciembre de 1993", *cit.*, págs. 5613 y sigs.

(19) Sobre el tema, con propuestas concretas de regulación, *vid.*, CABANAS/CALAVIA, "Régimen general de la modificación de estatutos sociales en el PLSRL", *cit.*, págs. 2025-2027. Para una visión de conjunto, *vid.* de los mismos autores, "Comentario de urgencia del Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades de

2.3. La disolución voluntaria o por mero acuerdo de la Junta general de socios.

Siguiendo la posición tradicional de nuestro Derecho y del Derecho comparado, el art. 105.1.b. PLSRL reconoce como causa de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada el *mutuo disenso*, aunque al adaptarlo a la estructura corporativa de la sociedad, exige el correspondiente acuerdo de la Junta general (no puede delegarse esta decisión en el órgano de administración) (20). Según este precepto (coincidente, en lo esencial, con el art. 260.1.1 LSA), el acuerdo de disolución debe adoptarse “con los requisitos y mayoría establecidos para la modificación de los estatutos”. Esto significa que la convocatoria (pública o privada) debe expresar con la “debida claridad” que se somete a la Junta general de socios la propuesta de disolución de la sociedad (art. 74.1 PLSRL) y que el acuerdo exigirá el “voto favorable de más de la mitad del capital social” (art. 56.2.a) PLSRL) (21). Adoptado el acuerdo de disolución en conformidad con los requisitos señalados, la sociedad puede considerarse en estado o período de liquidación (art. 110 PLSRL); además cesarán en su cargo los administradores, convirtiéndose en liquidadores aquellas personas que, en el momento de la disolución, ocuparan el cargo de administra-

21

Responsabilidad Limitada (y IV, arts. 107-134 y Disposiciones Adicionales)”, *BIM*, 15 enero 1994, B-16, págs. 419 y sigs., esp. 442. Con posterioridad a este trabajo, el pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 17 de noviembre de 1994, ha aprobado el texto del PLSRL que se ha remitido al Senado (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de noviembre de 1994). Con agrado comprobamos que la causa de disolución se ha modificado en el sentido por nosotros propuesto; el artículo 103 pasa a redactarse como sigue: “la sociedad de responsabilidad limitada se resolverá... f) por reducción del capital social por debajo del mínimo legal. Cuando la reducción sea consecuencia del cumplimiento de una ley se estará a lo dispuesto en el artículo 107”.

(20) GIRÓN, *Derecho de sociedades anónimas*, cit., pág. 569.

(21) No es aplicable, en cambio, el art. 74.1.1 inc. 3.º PLSRL, en cuanto al derecho de los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta, ya que ésta se limita a la propuesta de disolución de la sociedad, sin ofrecer una nueva redacción de los estatutos sociales.

dor, a no ser, como prevé el art. 111 PLSRL, “que se hubieren designado otros en los estatutos o que, al acordar la disolución, los designe la Junta general”.

Aunque se trata de una causa de disolución anticipada de la sociedad, sujeta al arbitrio de un acuerdo de la Junta, no cabe la modificación de sus términos: no es posible agravar (por ejemplo, exigiendo la unanimidad) (22) o suprimir la causa de disolución a través de disposición estatutaria (23).

2.4. La disolución de la sociedad por acuerdo de la Junta general o, en su defecto, por resolución judicial como consecuencia de la concurrencia de una determinada causa legal.

a) Planteamiento.

22 Existe un grupo limitado de causas de disolución que se caracteriza por el hecho de que su mera existencia no es suficiente para originar la disolución, sino que ésta exige el acuerdo de la Junta general de socios o, en su defecto, una resolución judicial en tal sentido. Es más, la Junta general puede optar por la continuidad de la explotación de la empresa social removiendo o eliminando el presupuesto de hecho que actúa como causa de disolución (art. 106.2 PLSRL). Con el fin de conseguir el acuerdo social, el art. 106 PLSRL prevé, como el art. 262 LSA, un mecanismo legal que, de un lado, obliga a los administradores a convocar la Junta general tan pronto como tengan conocimien-

(22) La prohibición de unanimidad resulta claramente del art. 56.3. inc. 1.º PLSRL. De todas formas, no nos parecería injustificado que los estatutos pudieran exigir la unanimidad en el supuesto contemplado, en su caso atemperando tal requisito mediante el reconocimiento al socio disidente de un derecho de separación; en este sentido y a propósito de la exigencia de unanimidad para la modificación de los estatutos sociales, *vid.* CABANAS/CALAVIA, “Régimen general de la modificación de estatutos sociales en el PLSRL”, *cit.*, pág. 1999.

(23) BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 845; MUÑOZ MARTÍN, “La disolución”, *cit.*, pág. 565.

to de la existencia de la causa de disolución (art. 106.1), bajo la amenaza de la sanción civil de la responsabilidad solidaria de todos ellos por las deudas sociales, pero que, de otro lado, también reconoce la legitimación de “cualquier interesado” para solicitar la disolución judicial en el caso de que, pese a la existencia de la causa de disolución, la Junta no sea convocada, no se celebrara o no adoptara un acuerdo de disolución o de remoción de la misma (art. 106.3 PLSRL). En igual sanción de responder solidariamente por todas las deudas sociales, pueden incurrir de nuevo los administradores si incumplen la otra obligación que sobre ellos recae de instar la disolución judicial en el caso de que la Junta adopte un acuerdo contrario a la disolución o no se hubiera logrado el acuerdo de disolución o de remoción de la causa (art. 106.4 y 5 PLSRL).

En la enumeración de las causas de disolución, el art. 105 PLSRL sigue muy de cerca el criterio y el texto del art. 260 LSA (conclusión de la empresa que constituya el objeto social; imposibilidad manifiesta de conseguir el objeto social; paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento; pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente; reducción del capital social por debajo del mínimo legal, cuando sea consecuencia del cumplimiento de una ley; cualquier otra causa estatutaria), si bien presenta básicamente dos novedades: incluye una nueva causa de disolución consistente en la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante dos años consecutivos (art. 105.1.d)), y, con acierto, excluye como causa la fusión y escisión total, ajenas al proceso de disolución-liquidación.

b) La conclusión de la empresa social que constituye el objeto social.

24

Esta causa de disolución ha de referirse al agotamiento de todas las actividades que integran el objeto social estatutario (24), infrecuente en la práctica societaria, en la que muchas actividades por su propia naturaleza difícilmente son susceptibles de agotamiento. Es más, la concurrencia de este presupuesto disolutorio se convierte en remota en el caso de que el objeto social se integre por una multiplicidad de actividades sociales (art. 13.2.º PLSRL). Así sucede en las hipótesis de objeto social complejo (25). Téngase además en cuenta que a la sociedad siempre le queda abierta la posibilidad de cambiar o ampliar su objeto durante la vida social a través de la modificación estatutaria correspondiente (26). De ahí que la operatividad de esta causa de disolución se circunscriba a supuestos muy concretos y marginales de sociedades con objeto social limitado (por ejemplo, a la explotación de una concesión administrativa, a la construcción de un determinado bien, a la explotación de una patente hasta su caducidad) (27). Por lo demás, se trata de una causa de disolución tomada del art. 221 CódCom, pero no es sólo propia de las sociedades mercantiles (art. 221.2.º CodCom), sino también de la sociedad civil (art. 1700.2.º C.c.) (28).

Esta causa de disolución exige su constatación por la

(24) Así, CABANAS/CALAVIA, "Comentario de urgencia del Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *cit.*, pág. 422.

(25) Cfr., BELTRÁN, "La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada", *cit.*, pág. 854.

(26) Así, CARLON, *La Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, *ob. cit.*, pág. 334.

(27) CARLON, *La Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, *cit.*, pág. 334.; BELTRÁN, *últ. cit.*, pág. 854, quien defiende que como estos supuestos marginales quedarían cubiertos por otras causas de disolución, en particular la falta de ejercicio de las actividades que constituyen el objeto social y la imposibilidad manifiesta de cumplir el fin social, debería, con más realismo, excluirse esta causa de disolución.

(28) *Vid.*, especialmente, el comentario de PAZ-ARES, en PAZ-ARES/DÍEZ PICALZO/BERCOVITZ/SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, págs. 1489 y sigs., esp. 1492.

Junta general y el acuerdo de disolución adoptado por, al menos, el veinticinco por ciento del capital social, o, en su defecto, de remoción a través del cambio del objeto social, cumpliendo en este último caso los requisitos exigidos para la modificación estatutaria. En el supuesto de sustitución del objeto social, los socios que no hayan votado a favor del acuerdo tendrán derecho a separarse de la sociedad (art. 97.1.a) PLSRL).

c) *La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.*

En esta hipótesis ha de desentrañarse con carácter previo el significado de “fin social”, sobre el que el PLSRL no orienta. Con todo, tradicionalmente, se ha considerado por fin social tanto la causa material del contrato de sociedad, esto es, normalmente la obtención de beneficio (29), como la imposibilidad de llevar a cabo las actividades que integran el objeto social (y no el mero agotamiento, como en la conclusión de la empresa (30)).

25

Para verificar que se está en presencia de esta causa de disolución es menester, según el art. 105.1.c) PLSRL que la imposibilidad sea “manifiesta”, esto es, que ésta se deba a circunstancias o hechos permanentes e insuperables, ya sean originarios o sobrevenidos (por ejemplo, revocación de una concesión administrativa requerida para la realización de las actividades sociales), y no meras circunstancias de imposibilidad temporal o provisional en la prosecución del objeto social o en la obtención de beneficios (31). Mostramos

(29) Sobre el carácter no exclusivo de esta causa material, *vid.*, PAZ-ARES, “Anímo de lucro y concepto de sociedad”, en AA.VV., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, págs. 731 y sigs.; en un sentido diferente, *vid.*, DE LA CÁMARA, “El contrato de sociedad: crisis del concepto”, *Academia Sevillana del Notariado*, 1993, págs. 421 y sigs., esp. 479 y sigs.

(30) Destacando que por fin social ha de entenderse tanto el fin común último como el objeto social, *vid.*, PAZ-ARES, en PAZ-ARES/DÍEZ PICAZO/BERCOVITZ/SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil*, ob. cit., pág. 1323.

(31) MUÑOZ MARTÍN, “La disolución”, *cit.*, pág. 560.

nuestra discrepancia con aquel sector de la doctrina que considera la infracapitalización material como causa de disolución de la sociedad por imposibilidad de conseguir el fin social, ya que falta en nuestro ordenamiento una previsión legal expresa de un deber de adecuación entre el capital social y las actividades que integran el objeto social y, sobre todo, porque este sector doctrinal olvida que las sociedades emplean para la realización del objeto social también, y en determinados casos fundamentalmente, fondos o recursos procedentes del crédito ajeno, en la magnitud que consideren oportuna y que les permita el mercado del crédito (32).

(32) Incluyen la infracapitalización de la sociedad en esta causa de disolución siguiendo la tesis de PORTALE, "Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni", en *Riv. Soc.* 1970, págs. 69 y sigs., PAZ-ARES, "La infracapitalización de sociedades", *ADC*, 1983, pág. 1608; BELTRÁN, *La disolución de la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 100; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 1-2, Barcelona, 1991, pág. 900; MASSAGUER, "El capital nominal", *RGD*, 1990, págs. 5571. Sin duda, una reflexión sobre la infracapitalización material exige un estudio más profundo que excede de los objetivos del presente trabajo. Ciertamente, esta figura plantea la cuestión relativa a si de la Ley deriva la obligación de los fundadores de la sociedad anónima de fijar un cifra de capital nominal congruente, esto es, adecuada a las actividades que constituyen su objeto social o, si por el contrario, establecida por el legislador una obligación genérica de determinación de la cifra del capital social y previstas un conjunto de normas con vistas a su preservación, corresponde entera y libremente a los socios la fijación del importe del capital nominal. Este deber de adecuada capitalización (originado o sobrevenido) ha sido rechazado, a la vista de la legalidad vigente, por autores como DI SABATO, en "Il capitale (problemi attuali)", *Riv. Dir. Impr.*, 1989, págs. 240 y sigs., y recientemente en nuestra doctrina, por SÁNCHEZ CALERO, "Elección del tipo societario: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones", en MENÉNDEZ (coord.), *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?*, Madrid, 1992, págs. 223 y sigs., esp. 223-224, para quien "ciertamente la función del capital mínimo a los efectos de servir de garantía para los acreedores sociales puede ser en muchos casos insatisfactoria, en especial si el endeudamiento en que incurre la sociedad al desarrollar su objeto social es muy elevado, originándose el fenómeno de la 'infracapitalización' de la sociedad. Ahora bien, no existe en nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que sucede en algún otro, un deber genérico de los socios de 'capitalizar' la sociedad bajo la sanción de la pérdida de la exclusión de su responsabilidad por las deudas sociales". De la misma opinión, LOJENDIO, *Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)*, en LOJENDIO/OTERO LASTRES, *Fundación de la sociedad anónima*, III-3, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, 1993, págs. 32 y sigs., para quien "...no creemos que nuestro derecho contenga una tal exigencia de adecuación al objeto ni que tal carencia sea reprochable. Ni siquiera se precisa que la cuantía del capital sea proporcionada a la actividad real

La constatación de tal imposibilidad por la Junta general no implica la disolución automática de la sociedad, pues,

que, dentro del objeto, se vaya a desempeñar. No hay ningún obstáculo para que una sociedad se constituya con un capital inferior al necesario para el ejercicio de su actividad y recurra a la financiación externa, que con frecuencia consigue con la garantía de los propios socios... La Ley no ha querido imponer, ni con esta exigencia ni de otra manera, que la sociedad cuente con fondos suficientes para el desarrollo de su objeto. Menos sostenible parece aún que la infracapitalización motivada por un capital social y unas aportaciones insuficientes lleven consigo la extensión de la responsabilidad de los socios...". Esta última dirección es la que sigue la DGRN en una resolución de 23 de junio de 1993; en ella el Registrador suspendió la inscripción de una escritura de constitución de una s.r.l. con un capital social de 500.000 pesetas, "por existir una desproporción absoluta entre la cifra del capital y las actividades integrantes del objeto, que hace imposible la consecución del mismo —arts. 39 C.c., 30 LSRL y 260,3 LSA—"; también desestimó el recurso de reposición porque la sociedad estaba infracapitalizada, pues "el propio legislador no circunscribe la tutela únicamente a señalar el importe mínimo que en este caso se cumpla sino que procura que esa cifra de capital esté en consonancia con el patrimonio social y que se conserve a lo largo de la vida social. Y en este caso, basta comparar el art. 2 ES para afirmar tal desproporción, con el riesgo suficiente para los acreedores, sin que sea suficiente el argumento de que la sociedad puede aumentar su capital en el futuro o recibir créditos, ya que esto no resuelve el interrogante de saber si una sociedad cumple los requisitos necesarios para marcar el tráfico jurídico y que los artículos 260.1.3 LSA y 39 C.c. aún referidos a la disolución de la sociedad o de una persona jurídica marcan la pauta para interpretar que lo mismo sucede en el nacimiento de las sociedades". A este argumento, la DGRN, aun reconociendo que la sociedad está infracapitalizada materialmente, dada la manifiesta desproporción e insignificancia de la cifra del capital social inicial para atender el desarrollo del objeto social (actividades de construcción, promoción inmobiliaria, instalación de tratamientos de aguas, explotación de créditos comerciales, residencias geriátricas, explotaciones mineras), declara que "en el estado actual de nuestra legislación y sin perjuicio de específicas exigencias en función del objeto social se establece la válida constitución de la sociedad limitada si su capital alcanza la cifra mínima de 500.000 pesetas (art. 3 LSRL) y a ese requisito legal ha de ajustarse el Registrador en su labor de calificación (art. 18 CódCom), sin que pueda invocarse en contra el contenido normativo del art. 260. 3 LSA, 30 LSRL y 39 C.c., los cuales contemplan una Entidad ya existente cuyo desenvolvimiento deviene imposible y cuya disolución presupone una decisión de los órganos soberanos de la propia entidad o la pertinente resolución judicial". Lo cierto es que corresponde a los fundadores la valoración económica de la suficiencia del capital a las necesidades de la empresa social, pues en nuestro ordenamiento no se prevé una norma expresa limitadora de dicha libertad. Asimismo, resulta imposible establecer una medida abstracta del capital válida para toda actividad empresarial con independencia del volumen de las operaciones, *vid.*, en este sentido, ROJO/BELTRÁN, "El capital social mínimo. Consideraciones de técnica y política legislativas", *RDM*, 1988, págs. 149 y sigs., esp. pág. 152, pues, como señalan "no es posible determinar directamente la suficiencia de los fondos propios mediante diversos capitales mínimos sectoriales. Una sociedad no está obligada a realizar simultáneamente todas las actividades que constituyen su objeto social, ni puede

cumpliendo los requisitos para la modificación estatutaria, aquélla puede optar por su continuidad merced al cambio del objeto social estatutario, respetando, en caso de sustitución del objeto social, el derecho de separación del socio disidente con el acuerdo (art. 97.1.a)) (33).

d) *La paralización de los órganos sociales.*

Pese a la denominación general “paralización de los órganos sociales”, es claro, en el entramado funcional de la sociedad, que esta causa ha de ceñirse a la imposibilidad de que la Junta general adopte acuerdos. La razón es obvia:

determinarse a priori el volumen de sus operaciones”, *vid.*, también GARCÍA VILLAVEDE, “El principio del capital mínimo”, en ALONSO UREBA/CHICO ORTIZ/LUCAS FERNÁNDEZ (dirs.), *La Reforma del Derecho español de sociedades de capital. Reforma y Adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades*, Madrid, 1987, págs. 131 y sigs., esp. págs. 132 y sigs. Ahora bien, la abstención del legislador no responde sino a una remisión de tan fundamental concreción a la autonomía de los socios que, de acuerdo con la racionalidad económica, normalmente, capitalizarán adecuadamente la sociedad, “evitando la infracapitalización que, a poco que se endurezcan las circunstancias, los forzará al aumento de fondos propios, a la prestación de garantías o a la quiebra”, *vid.*, CORTÉS, “Notas sobre la reforma de la Legislación mercantil en materia de sociedades mercantiles (Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades)”, en AA.VV., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, *ob. cit.*, págs. 79 y sigs., esp. pág. 84. La libertad de concreción señalada tiene limitaciones específicas: los fundadores deben respetar el capital mínimo (art. 4 LSA), delimitador del tipo social, y, en su caso, los mínimos de sociedades especiales. Así, DUQUE, “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades anónimas, La Fundación*, I, *ob. cit.*, págs. 15 y sigs., esp. pág. 59 y MAMBRI-LLA, “Fundación con aportaciones ‘in natura’”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas, La Fundación*, I, *ob. cit.*, págs. 729 y sigs., esp. pág. 739, donde señala que “no obstante, tal vez las disposiciones actualmente en vigor puedan resultar insuficientes para lograr el objetivo de la tutela efectiva de los socios y terceros, dado que toleran el fenómeno de la “infracapitalización” o “inadecuación de la cifra del capital al objeto social”; con el mismo criterio QUINTANA, “El capital social”, en ROJO (Dir.), *La Reforma de la Ley de sociedades anónimas*, Madrid, 1987, pág. 111. En doctrina italiana puede verse, por todos, TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980, págs. 30 y sigs.

(33) Sobre la distinción entre sustitución y cambio del objeto social en el PLSRL 1994, *vid.*, CABANAS/CALAVIA, “Régimen general de la modificación de estatutos sociales en PSRL”, *cit.*, pág. 2010.

únicamente este órgano puede paralizarse de forma insuperable, ya que el bloqueo del órgano de administración se puede resolver fácilmente mediante la destitución de los administradores y posterior nombramiento de otros por acuerdo de la Junta general (34). Por tanto, la causa de disolución viene constituida por la paralización de la Junta general de socios y no por la del órgano de administración.

En este supuesto de paralización de la Junta general, lo más normal ha de ser que no se pueda adoptar el acuerdo de disolución de la sociedad, en cuyo caso entrará en juego, como veremos después, la legitimación activa de cualquier interesado (incluidos accionistas, trabajadores, acreedores sociales...) para solicitar la disolución de la sociedad al juez de primera instancia del domicilio de la sociedad (art. 106.3 PLSRL).

e) *Pérdida de la mitad del capital social.*

29

El art 105.1.e) prevé como causa de disolución de la sociedad “las pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente”. No es sino una aplicación del art. 260.1.4. LSA a la sociedad de responsabilidad limitada, tal y como acontece en la actualidad y como se contemplaba en el antiguo art. 30 LSRL 1953, anterior a la Reforma de 1989, que preveía la disolución por pérdidas que dejasen reducido el patrimonio a una

(34) Aunque el deber de abstención que recae sobre los socios en conflicto de intereses con la sociedad (art. 55 PLSRL), permitirá que se desbloquee la adopción de ciertos acuerdos sociales, dicho deber de abstención no se aplica a los acuerdos de nombramiento y separación de los administradores. En ese sentido, la STS de 18 octubre 1985, manifiesta que “el nombramiento como consejero de un socio mayoritario [hecho por él mismo] es un derecho que la Ley concede en armonía y en defensa de los intereses que tiene la sociedad y en modo alguno un ejercicio abusivo mismo”. Sobre esta cuestión, *vid.*, CALAVIA, “Derechos relacionados con la adopción e impugnación de acuerdos sociales”, BONARDELI/MEJÍAS/NIETO, *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *ob. cit.*, págs. 279 y sigs., esp. 312.

cantidad inferior a la tercera parte del capital social, a no ser que éste se reintegrase o se redujese (35).

30

Se trata de la causa de disolución de la sociedad más transcendente y de mayor repercusión en la práctica. Ello se comprende si se atiende a su finalidad preconcursal: la norma pretende evitar que una sociedad que ha sufrido una acusada disminución de los fondos propios continúe, sin más, la explotación de su empresa social y en esa situación caiga en otra de insolvencia (36). De ahí que si la intención de los socios es proseguir con las actividades sociales, antes deberán sanear la sociedad ya sea a través de un acuerdo formal de reducción del capital social que restablezca el equilibrio entre el capital y el patrimonio social, ya sea a través de un acuerdo de aumento del capital social suficiente para situar el patrimonio neto de la sociedad al menos en la medida de la mitad del capital social. Pero estas medidas no agotan los mecanismos de remoción de la situación de desequilibrio patrimonial de la sociedad, ya que el art. 106 PLSRL se expresa en términos generales ("La Junta General podrá adoptar el acuerdo de disolución o aquel o aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa"). Así cabe, aunque no se prevea expresamente, la pura reintegración patrimonial, la adopción de un acuerdo de reducción del capital y aumento simultáneo del capital social ("operación acordeón"), o la transformación de la sociedad (37).

En caso de pérdida de la mitad del capital social, los administradores deben convocar, bajo amenaza de sanción

(35) CARLON, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., págs. 335 y sigs.

(36) Sobre el carácter preconcursal de la pérdida del capital social, *vid.*, MÜLLER, "Der Verlust der Hälfte des Grundkapitals oder Stammkapitals-Uberlegungen zu den § 92 Abs. 1 AktG und § 49 Abs. 3 GmbHG", *ZGR*, 1985, págs. 190 y sigs., esp. págs. 193 y, especialmente, MERTENS, "Anwendbarkeit von § 92 Abs. 1 AktG im Vergleichsverfahren?", *AG*, 1983, págs. 173 y sigs.

(37) Para la posibilidad de combinar el reintegro con otras medidas, *vid.* COLMENAR VALDÉS, "Desequilibrio patrimonial en las sociedades limitadas y alternativas para evitar su disolución: consecuencias tributarias", *RDFHP*, 1984, págs. 114 y sigs., esp. 120-121.

civil (art. 106.1 y 5 PLSRL), la Junta general en cualquier momento sin esperar al cierre del ejercicio social, tan pronto como tengan o debieran tener conocimiento conforme a su diligencia de la existencia de un patrimonio neto contable inferior a la mitad del capital social. Entendemos que este rigor es exigible ya que, según nuestra Ley, los administradores están vinculados a un deber de atención ininterrumpida de la situación patrimonial y financiera de la sociedad. Esperar al término del ejercicio para su constatación, puede frustrar la realización de la teleología de la norma que no es otra que impedir la insolvencia de la sociedad a través de un mecanismo de reacción o saneamiento sobre una situación patrimonial todavía de solvencia pero próxima a dejar de serlo. De ahí que, acaecida la insolvencia, deba procederse a la apertura del procedimiento concursal y no a la aplicación del art. 105.1.e) PLSRL que carece, en ese caso, de justificación en cuanto ya no cumple la finalidad de proteger a los acreedores sociales, tutelados por las normas concursales específicas (38).

31

Con la finalidad de mejorar técnicamente la redacción del art. 105.1.e) del PLSRL, la enmienda número 436 del Grupo Popular propone un mayor rigor en la expresión de la causa de disolución sustituyendo la expresión “patrimonio contable” por la de “patrimonio *neto* contable” (39).

f) *La reducción del capital social por debajo del mínimo legal cuando sea consecuencia del cumplimiento de una Ley.*

Como es sabido, el art. 260.1.5 LSA, aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada, dispone que la sociedad anónima se disolverá “por reducción del capital social por

(38) BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 857.

(39) *Vid.* en “Enmiendas. 121/000034. Sociedades de Responsabilidad Limitada”, BOCG/CD, Serie A: Proyectos de Ley, 7 de mayo de 1994, núm. 48-9, págs. 47 y sigs., esp. 152.

debajo del mínimo legal". La peculiaridad del precepto citado es que establece como causa de disolución un supuesto de hecho que en un artículo anterior se prohíbe expresamente, salvo que simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal (art. 169.1.1 LSA). Dentro de una coherencia lógica del sistema, el art. 260.1.5 cumple básicamente una función de cierre del sistema de tutela del capital mínimo y no es, en absoluto, una hipótesis agravada de pérdida del capital, como se ha mantenido por un sector minoritario de nuestra doctrina (40).

En realidad, nos hallamos ante dos mandatos legales de contenido contradictorio. De un lado, la prohibición absoluta (sin excepciones) de reducir el capital por debajo del mínimo legal; de otro, la existencia en la ley de hipótesis de reducción obligatoria del capital social. Con todo, esta causa de disolución ha de interpretarse de forma coordinada y en el sentido que indicamos anteriormente respecto al art. 109 PLSRL (41).

g) Falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social durante dos años consecutivos.

Esta causa de disolución no es extraña a nuestro ordenamiento: la Ley General de Cooperativas la prevé en su art. 103.5.º Se trata, sin embargo, de una novedad respecto a la sociedad de responsabilidad limitada, cuya finalidad primordial es tutelar al socio en las hipótesis de cambio de hecho del objeto social (42) o pura inactividad de la socie-

(40) Nos referimos al profesor VICENT CHULIÁ, "La disolución y la liquidación de la sociedad limitada en el Proyecto de Ley de 22 de diciembre de 1993", *cit.*, pág. 5614. Un examen detallado del art. 260.1.5 LSA puede verse en CABANAS, "El capital mínimo y disolución de la sociedad anónima", *RGD*, 1993, págs. 4923 y sigs.

(41) *Vid.* CABANAS/CALAVIA, "Comentario de urgencia del Borrador del Anteproyecto de Ley de sociedades de Responsabilidad Limitada", *cit.*, págs. 428 y sigs.

(42) En relación con el PL de Reforma Parcial y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, BELTRÁN, "Hacia un

dad, esta última de no fácil prueba en la práctica. De esta forma, con la disolución, el socio podrá recuperar, a través de la cuota de liquidación, la plena disponibilidad de aquella parte de su patrimonio integrado en un patrimonio social inactivo.

La falta de actividad exige un plazo continuado de dos años, a nuestro juicio, excesivo y arbitrario, que, no obstante, puede reducirse en los estatutos (43). Por lo demás, la norma no informa o establece indicios que permitan construir el hecho disolutorio. A dicho efecto, la doctrina ha manifestado que sería necesario establecer presunciones legales como el incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales, la baja del impuesto de actividades económicas, la extinción de las relaciones laborales, etc., que son, como es sabido, indicios que los jueces tienen en cuenta a la hora de determinar si una sociedad es, o no, operativa (44).

La falta de actividad debe referirse al objeto social esta-

33

nuevo Derecho de sociedades anónimas", *RDBB*, abril-junio, 1988, págs. 329 y sigs., esp. 358, nota 81, alude a la propuesta del profesor ROJO de dar una más amplia regulación a los supuestos de modificación del objeto social, incluyendo entre esos supuestos el cambio sustancial de hecho de las actividades que integran el objeto social sin que se realice modificación estatutaria.

(43) El *Código das Sociedades Comerciais* (CSC) de 2 de septiembre de 1986 establece un plazo de inactividad superior. Concretamente, el art. 142.1.c) CSC 1986 establece que "podrá ser requerida la disolución judicial de la sociedad con fundamento en un hecho previsto en la Ley o en los estatutos o "c) Cuando la sociedad no haya ejercido actividad alguna durante cinco años consecutivos". Sobre dicho precepto puede verse la sentencia del Tribunal de Apelación de Coimbra de 15 de septiembre de 1992 (comentada por PINA), en *Le Società*, 5/1993, págs. 711 y sigs., que distingue entre la imposibilidad de realizar el fin social derivada de acto extraño a la voluntad de los socios o actos u obstáculos que éstos no pueden superar o remediar y la falta de actividad de la sociedad durante cinco años consecutivos debida a una situación creada y prolongada por los propios socios que pueden, si quieren, evitar. En ese sentido, la enmienda número 153 del Grupo Parlamentario catalán propone su ampliación a cinco años, al considerar que el plazo previsto "es demasiado corto para que opere la extinción *ex lege* de la sociedad" y más si se tiene en cuenta que por razones meramente coyunturales puede darse esta situación", *vid.* "Enmiendas...", *cit.*, pág. 88. El texto finalmente aprobado por el Congreso de los Diputados lo amplía a tres años.

(44) Así, CABANAS/CALAVIA, "Comentario de urgencia", *cit.*, pág. 422, y BELTRÁN, "La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada", *cit.*, pág. 856.

tutario; si la sociedad permanece activa, pero desarrollando una actividad extraña al mismo (el típico cambio de hecho), también actúa esta causa de disolución. Los problemas surgirán cuando la actividad estatutaria se mantenga pero con un carácter marginal; quizá para evitar el fraude deba admitirse también en estos supuestos la existencia de tal causa de disolución.

h) Causas de disolución de naturaleza estatutaria.

34 Las causas legales o necesarias no pueden ser objeto de restricción o de exclusión (45), pero los socios pueden incluir en los estatutos sociales otras causas de disolución distintas a las legales. Unas veces estas cláusulas estatutarias sólo pretenden facilitar la realización de las causas legales de disolución (*vgr.* preveyendo que será causa de disolución la pérdida de un tercio del capital social). Pero también será posible establecer causas de disolución de nuevo cuño; en particular, la cuestión que se plantea es si cabe incluir en los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada causas de disolución que, dado su carácter eminentemente personalista, no serían admisibles en la sociedad anónima, como por ejemplo, la denuncia o la muerte de un socio.

Respecto al fallecimiento del socio, como en general, otras circunstancias personales referidas a aquél, la doctrina y la jurisprudencia las han admitido tradicionalmente como causas de disolución sobre la base de permitir, en este tipo social, una mayor impronta personalista (46). Por contra, la denuncia de cualquier socio o de aquél o aquéllos que representen un porcentaje determinado del capital social, es más problemático que pueda configurarse como causa esta-

(45) GIRÓN, *Derecho de sociedades anónimas*, cit., pág. 569.

(46) CARLON, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., pág. 340. En jurisprudencia pueden verse STS de 18 de enero de 1962 y RDGRN de 22 de noviembre de 1957. En relación al PLSRL, *vid.*, BELTRÁN, "La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada", cit., pág. 857.

tutaria de disolución. Se alega por algunos autores que, a diferencia de la sociedad colectiva y comanditaria (art. 224 CódCom.), la disolución sin causa sólo puede decidirse por la Junta general de acuerdo con los requisitos señalados; además, de admitirse la denuncia o libre separación, se privaría de eficacia la causa legal por acuerdo de la Junta general y se viabilizaría, un derecho de separación que no aparece previsto expresamente en el PLSRL (47). Con todo, otros autores admiten esta posibilidad (48), o entienden que si la mayoría decide continuar con la sociedad, el derecho de denuncia podría convertirse en un derecho de separación (49). Un supuesto especial, podría ser, no obstante, el de la llamada prórroga automática de la sociedad cuando ésta se ha constituido con una duración limitada en el tiempo; esta modalidad de prórroga quizá sólo sea posible cuando al mismo tiempo se conceda al socio la facultad de denuncia unilateral antes de que se produzca el hecho desencadenante de la prórroga (50).

En cualquier caso, las causas estatutarias de disolución no pueden producir de pleno derecho la disolución de la sociedad; como se desprende claramente del art. 106.1 PLSRL, la disolución por causa establecida en los estatutos requerirá acuerdo de la Junta general adoptado por la mayoría a que se refiere el art. 56.1 PLSRL.

(47) Con mayor desarrollo, BELTRÁN, "La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada", *cit.*, pág. 858. También VICENT CHULIÁ, "La disolución y la liquidación de la sociedad limitada...", *cit.*, pág. 5608.

(48) Así, ROJO, "Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada", *cit.*, pág. 45, para quien "incluso no debiera encontrar excesiva dificultad la configuración de la denuncia de cualquiera de los socios o de una determinada minoría como causa estatutaria de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada".

(49) Así, CABANAS/CALAVIA, "Comentario de urgencia", *cit.*, pág. 423. Destaca la relación entre denuncia unilateral del contrato y derecho de separación, JORDANO, "Denuncia unilateral del contrato y derecho de separación en sociedad limitada de dos socios, constituida por tiempo indefinido", *ADC*, 1955, págs. 895 y sigs., esp. 901-902.

(50) Sobre las relaciones entre prórroga automática y derecho de separación, *vid.* las interesantes observaciones BONARDELL, "Separación y exclusión de socios", *cit.*, pág. 796.

Con el carácter de causa legal (no estatutaria), la enmienda número 438 del Grupo Popular propone que la sociedad pueda disolverse “a instancia de socios que representen la mitad, al menos, del capital social” (51). Esta propuesta nos parece acertada, pues permite que la disolución de la sociedad se anticipe a la efectiva paralización de los órganos sociales (situación más que probable cuando los socios que representan al menos la mitad del capital social son contrarios a continuar con la sociedad). Se simplificaría, de esta forma, el procedimiento, al obviarse el acuerdo previo dirigido a la mera constatación de la causa legal de disolución.

2.5. La disolución por quiebra.

36

De acuerdo con el número 2 del art. 105 PLSRL, “la quiebra de la sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare”. El texto del artículo es idéntico al del número 2 del art. 260 LSA y plantea, consecuentemente, las mismas dudas interpretativas que éste. Pese a la redacción confusa del precepto, ha de interpretarse que la declaración de quiebra es, en términos generales, causa de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada. No estamos, sin embargo, en presencia de una causa de disolución automática ya que el art. 105 exige que “se acuerde expresamente”, lo que significa que, para su operatividad, requiere el acuerdo de la Junta general (52). La declaración judicial actúa aquí como mero presupuesto pero no genera ni la disolución de pleno derecho ni abre el mecanismo legal previsto por el art. 106 PLSRL, circunscrito a las hipótesis con-

(51) *Vid.* “Enmiendas...”, *cit.*, pág. 152. La motivación de la propuesta del Grupo Popular es que “en esa situación es imposible la vida social, se trata de evitar males mayores”.

(52) *Cfr.* BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 864, quien aboga por la desaparición de la referencia de la quiebra en el texto definitivo como una forma distinta de disolución.

templadas en las letras c), d), e), f) y g) del art. 105 PLSRL. Y es aquí donde se cuestiona la utilidad del precepto pues, aun declarada la quiebra, la sociedad puede optar por acordar la disolución o por no adoptar medida alguna (53). El sentido último del precepto ha de hallarse, por tanto, en la posibilidad que se reconoce a la sociedad de disolverse mediante un acuerdo ordinario y sin la exigencia de la mayoría reforzada del art. 56.2.a) PLSRL (54). También, al igual que el art. 260.2 LSA, se pone así de manifiesto que la quiebra no implica o conduce a la extinción y, en este sentido, ésta dependerá del resultado de aquélla (55). Deben pues, diferenciarse claramente ambos supuestos: la disolución es simplemente el presupuesto de la extinción de la sociedad y la quiebra es un procedimiento de ejecución colectiva de los bienes del deudor, con el fin de satisfacer en la medida de lo posible las deudas sociales, cuyo término tiene lugar por liquidación judicial o convenio, sin que suponga por sí misma la extinción de la sociedad. Cabe indicar, por último, que una sociedad que acordó la disolución en virtud de resolución judicial de quiebra es susceptible de reactivación. En ese sentido el art. 107.2 PLSRL no la excluye como sí hace explícitamente respecto a “los casos de disolución de pleno derecho” (56).

37

2.6. Consecuencias jurídicas de la concurrencia de las causas legítimas de disolución.

2.6.1. Consideración general.

Salvo los supuestos ya examinados de disolución de pleno derecho y por mero acuerdo de la Junta general de socios, el PLSRL establece un mecanismo legal de asegu-

(53) BELTRÁN, *últ. cit.*, pág. 862.

(54) MUÑOZ MARTÍN, “La disolución”, *cit.*, pág. 566.

(55) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, *cit.*, pág. 570.

(56) MUÑOZ MARTÍN, “La disolución”, *cit.*, pág. 566.

miento de la disolución de la sociedad y consecuente liquidación, idéntico al previsto en el art. 262 LSA en relación a su finalidad primordial y operatividad, pero distinto en cuanto con la regulación propuesta, pretende aclarar las dudas que ahora suscita el tenor literal del precepto mencionado de la LSA (57).

Al igual que acontece para la sociedad anónima, la concurrencia de las causas de disolución tipificadas en los apartados c), d), e), f) y g) del art. 105 PLSRL no implica la disolución automática de la sociedad sino que exige, *prima facie*, el acuerdo de la Junta general de socios como medio de constatación de aquéllas (v., 2.6.2). La falta de acuerdo social o el sentido de éste contrario a la disolución, abre, como veremos, la intervención judicial a instancia facultativa de cualquier interesado o de obligada solicitud por los administradores (v., 2.6.3). Asimismo, en aras del cumplimiento efectivo de las obligaciones legales de los administradores en el ámbito de la disolución, se establece una responsabilidad por incumplimiento consistente en su responsabilidad solidaria por todas las deudas sociales (v. 2.6.4).

2.6.2. *El acuerdo social.*

De la misma forma que el art. 262 LSA, el art. 106 PLSRL exige en los supuestos de concurrencia de una causa legítima de disolución, el acuerdo de la Junta general adoptado conforme a la mayoría ordinaria (art. 106 rel. 56 PLSRL). Con el fin de garantizar la consecución del acuerdo social, se prevé la obligación de los administradores de convocar la Junta general de socios “tan pronto como tengan conocimiento de la existencia” de alguna de las causas de disolución. Además se reconoce, siguiendo el mismo criterio que el número 1 del art. 262 LSA, a cualquier socio

(57) Como ha señalado BELTRÁN con el art. 106 PSRL se “aclaran algunos de los puntos oscuros del derecho vigente”, *vid.*, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cít.*, pág. 859.

(con independencia, por tanto, del porcentaje del capital que ostente en la sociedad) la facultad de solicitar a los administradores la convocatoria de la Junta general “si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución” (art. 106.1 PLSRL) (58). Esta previsión legal tiene como finalidad evitar la pasividad del órgano de administración en el cumplimiento de su obligación legal, sin perjuicio de la sanción civil que prescribe para el caso de incumplimiento de la obligación de convocatoria el número 5 del art. 106 PLSRL.

La novedad del PLSRL reside básicamente en la sustitución del plazo de dos meses del art. 262.2 LSA para el cumplimiento de la obligación de convocatoria, por la expresión genérica “tan pronto”; aun habiendo recibido ya una valoración positiva (59), nos parece desacertada en cuanto quizá fuera más adecuada la de “sin demora”, que viene a acentuar el carácter urgente de la convocatoria de la Junta general para que ésta afronte la existencia de una causa de disolución. En ese sentido, nos parece desacertada, la enmienda número 71 del Grupo Parlamentario Vasco que propone la vuelta al plazo de dos meses (60). Con todo, la utilización de un concepto indeterminado dejará, en su caso, en manos del juez la valoración del momento en que los administradores tuvieron o debieron tener, de acuerdo con el grado de diligencia que les es exigible, conocimiento de la concurrencia de la causa y del nacimiento de la obligación.

(58) Recuérdese que el porcentaje legalmente exigido para poder instar la convocatoria de Junta general es del 5 por 100 del capital social (art. 48.3 PLSRL).

(59) BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 859.

(60) *Vid.*, “Enmiendas...”, *cit.*, pág. 67. La propuesta del GPV (PNV) es concretamente “los administradores estarán obligados a convocar la Junta general dentro de los dos meses siguientes a partir de la fecha en que tengan conocimiento de alguna de estas causas...”. La motivación reside en que el art. 262.2 LSA “ya ha generado suficientes problemas de interpretación” y en que “la pretensión del proyecto de hacer general la obligación en términos tan ambiguos como *tan pronto como tengan conocimiento*, produce una muy grave falta de seguridad jurídica, más aún teniendo en cuenta la grave consecuencia de responsabilidad solidaria por las deudas sociales prevista en el apartado 5 del mismo artículo”. No obstante, el texto aprobado por el Congreso de los Diputados ha vuelto al plazo de dos meses.

En relación al “contenido” del acuerdo de la Junta general, el PLSRL con mayor solidez técnica, se refiere al acuerdo de disolución o “aquel o aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa”, sin fijar el contenido preciso del acuerdo que dependerá básicamente de la causa de disolución que se persigue eliminar y que, normalmente, consistirá en una modificación estatutaria (aumento y reducción del capital social, cambio del objeto social...).

2.6.3. *La disolución judicial.*

De no convocarse la Junta general o en los casos en que ésta no se celebre o no adopte el acuerdo de disolución o de remoción de la causa de disolución, el art. 106.3 PLSRL legitima a cualquier interesado para que inste la disolución de la sociedad ante el Juez de primera instancia del domicilio de la sociedad (61). Con acierto, la enmienda núm. 441 del Grupo Popular, propone que si la causa de disolución fuere la paralización de los órganos sociales, “podrá instarse directamente la disolución judicial”, con el fin de evitar demoras innecesarias (62).

La expresión del PLSRL “cualquier interesado” ha de ser interpretada de forma amplia e incluiría a los socios, usufructuarios y acreedores pignoratícios de participaciones sociales, trabajadores, administradores a título individual y terceros que acrediten interés legítimo (*vgr.* acreedores sociales) (63).

(61) Obsérvese que, a diferencia del art. 262.3 LSA, el art. 106.3 PLSRL no se refiere a la Junta “solicitada”, en consecuencia se podrá instar la disolución judicial sin necesidad de requerir previamente a los administradores para que convoquen la Junta, siendo suficiente con que éstos incumplan su obligación de convocarla tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de alguna causa de disolución; de todas formas nos parece exagerado que una situación subjetiva de los administradores (su conocimiento de la causa de disolución) pueda determinar por sí sola, sin intimación previa, la legitimación de cualquier interesado (no sólo los socios) para acudir a la vía judicial.

(62) *Vid.*, “Enmiendas”, *cit.*, pág. 153.

(63) Así lo interpreta uno de los miembros de la ponencia del ALSRL, el profesor Rojo, “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”,

Añade el precepto que “la solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad”, lo que a nuestro juicio resulta desacertado, pues no acertamos a descubrir por qué razón la solicitud (obsérvese que el PLSRL no hace referencia a “demanda”) (64) ha de dirigirse *contra* la sociedad (65). El Proyecto parece, a diferencia del art. 262 LSA, decantarse por un procedimiento declarativo de menor cuantía, a pesar de que éste dogmáticamente no es el más adecuado para la constatación de la causa de disolución.

Para la determinación del procedimiento es necesario distinguir, según exista un acuerdo opuesto a la disolución o si, por el contrario, éste no se hubiera adoptado por cualquier causa. En el primer supuesto se aprecia una voluntad contraria a la disolución de la sociedad y, por tanto, resulta justificado acudir excepcionalmente al procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, dado que el acuerdo es contrario a la Ley. Los accionistas, administradores y, en general, cualquier interesado pueden presentar la demanda de disolución a través de los trámites del juicio declarativo de menor cuantía (arts. 481 y 484 LEC) que, precisamente, es el contemplado para la tramitación del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales (art. 119.1 LSA) (66). En

41

cit., pág. 46. La regulación de la disolución judicial se inspira en la tradición francesa, frente a los sistemas más restringidos como el alemán. Así, el art. 61 GmbHG prevé la disolución por resolución judicial en el supuesto específico de imposibilidad de consecución del objeto social y en la hipótesis genérica “de que se manifiesten causas justas derivadas de la sociedad”, *vid.* LUTTER/HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 13 ed., Köln, 1991, § 61, págs. 670 y sigs.

(64) En cambio, la enmienda 440 del Grupo Popular, propone la sustitución de “solicitud” por “demanda”.

(65) De la misma forma el § 61 GmbH, exige que la demanda se dirija contra la sociedad pero restringe la legitimación activa a los socios que ostenten una participación de la décima parte del capital social.

(66) Sobre esta cuestión *vid.*, URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, *Disolución y liquidación de la sociedad anónima (Artículos 260 a 281 de la Ley de sociedades anónimas)*, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, XI, Madrid, 1992, pág. 66; NEILA, “La disolución judicial de la sociedad (Acerca del art. 262 del Texto refundido de la Ley de sociedades)”, *RDP*, 1990, págs. 876 y sigs., e ID., *Los procedimientos judiciales en la nueva Ley de sociedades anónimas*, Madrid, 1992, págs. 1435 y sigs.

el segundo caso, constatada la falta de la voluntad social por la ausencia de un acuerdo social (incluso contrario a la disolución), parece que la disolución judicial se acomoda mejor al expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 1811 y sigs. LEC). No se puede, a nuestro juicio, presumir que la persona interesada, al pedir unilateralmente la disolución de la sociedad, pretende pleitear contra la sociedad, sino más bien que el solicitante persigue, frente a la inexistente voluntad orgánico-social, que el juez, imparcial y garante del ordenamiento jurídico, imponga “algo” (la disolución de la sociedad) que la Junta debió acordar por imperativo legal. Esta decisión puede plantearse a través del expediente de jurisdicción voluntaria, donde el juez, a petición de cualquier interesado o de los administradores, declara disuelta la sociedad si comprueba que, efectivamente, concurren los presupuestos legales. Con su resolución el juez no dirime un conflicto inter-partes sino que aplica el mandato legal y sustituye, en definitiva, la voluntad de los órganos sociales; cumple con una norma de interés general que tiene como finalidad impedir que sociedades afectadas por una causa de disolución sigan actuando en el tráfico mercantil con el riesgo que ello entraña. En cualquier caso, de darse oposición por parte interesada, una vez se haya promovido la solicitud, el expediente debe convertirse en contencioso y tramitarse a través del juicio declarativo ordinario de menor cuantía (art. 1817, arts. 481, 484 y sigs. LEC) (67).

Con acierto, el PLSRL corrige el criterio del ALSRL que, como es sabido, no obligaba a los administradores a solicitar la disolución judicial de la sociedad. De forma paralela al art. 262.4 LSA, el art. 106.4 PLSRL establece la

(67) En la práctica se está utilizando el procedimiento declarativo de menor cuantía. La mayoría de la doctrina es partidaria del declarativo pero sin atender a razones dogmáticas. De hecho se han presentado, en el seno de nuestra doctrina, ciertas vacilaciones, así VICENT CHULIÀ admitió, en su momento, que se trataba de un expediente de jurisdicción voluntaria (*vid.*, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 1-2, Barcelona, 1991, pág. 900), para más tarde abandonar dicha tesis (*vid.*, “La disolución y la liquidación de la sociedad limitada...”, *cit.*, pág. 5667).

obligación de los administradores de solicitar la disolución judicial cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, si ésta no se constituyó, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo fue contrario a la disolución o no se hubiera adoptado. La obligación de petición de la disolución judicial se refuerza con la imposición de la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales en caso de incumplimiento (art. 106.5 PLSRL).

Se trata, por tanto, de una legitimación obligatoria para ejercitar la acción que es independiente del hecho de que hayan sido o no requeridos por cualquier socio para que convoquen la Junta general.

En el caso de administrador único o de varios administradores con facultades indistintas y solidarias no parece presentar problema alguno la legitimación activa de todos ellos para el ejercicio de la acción de disolución. Sí pueden plantearse problemas en otras posibles formas del órgano de administración, especialmente, las colegiadas, en cuyo seno pueden producirse disensiones o disparidad de criterios; así, en el caso de existencia de Consejo de Administración en el que uno o varios administradores constaten a título individual la existencia de la causa de disolución y el resto de los miembros decidan, sin embargo, no convocar. En esta hipótesis, el consejero disidente no puede convocar por su cuenta la Junta general dado que es competencia exclusiva del órgano de administración colegiado (sí, en cambio, al tratarse de consejero delegado pues estimamos que es una facultad delegable). La cuestión es si, en este caso, concurriendo la causa de disolución, constituye la demanda de disolución judicial un deber de los administradores a título individual con independencia de la forma o estructura del órgano de administración. Lo cierto es que la respuesta a esa cuestión ha de tener presente que cuando la norma se refiere a los administradores está pensando en ellos en su actuación pro-

pia, es decir, de acuerdo con la estructura y funcionamiento consecuente del órgano de administración elegido. Lo que no resulta coherente con la lógica del sistema, es establecer un régimen de actuación conjunta o colegiada y, al tiempo, desvirtuarlo imponiendo una actuación individual. En esa dirección creemos que lo más lógico es que en tal hipótesis, se reconozca al administrador, considerándolo como “interesado”, la facultad, que no el deber, de solicitar la disolución judicial, permitiéndole, de ese modo, exonerarse de la drástica sanción civil prevista en el art. 106.5 PLSRL.

2.6.4. *La responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales.*

El PLSRL recoge la misma técnica sancionadora del art. 262.5 LSA, al disponer el art. 106.5 que “el incumplimiento de la obligación de convocar Junta general o de solicitar la disolución judicial determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales” (68). No obstante, a diferencia del art. 262.5 LSA, se especifica el alcance objetivo de la sanción civil extendiéndolo explícitamente a “todas” las deudas sociales, independientemente del momento de su nacimiento y del órgano o persona que las hubiera contraído. Con ello se pretende acabar con las dudas que ha suscitado en la práctica, jurisprudencia y doctrina la determinación del ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores. Como hemos señalado, se trata de una sanción civil por incumplimiento de obligaciones legales y no de una responsabilidad por daños. Su objetivo es proteger a los acreedores sociales, únicos legitimados para su ejercicio, que, en esta hipótesis, no deberán probar daño alguno

(68) Sobre el art. 262.5 LSA, *vid.*, especialmente, BELTRÁN, La disolución de la sociedad anónima, págs. 138 y sigs; ID., “Pérdidas y responsabilidad de los administradores”, *RDM*, 205, julio-septiembre 1992, págs. 471 y sigs. VICENT CHULIÁ, “Responsabilidad de los administradores y sociedades no operativas”, *DN*, 1993, págs. 1 y sigs. ID., “La disolución y la liquidación de la sociedad limitada en el Proyecto de Ley de 22 diciembre de 1993”, *cit.*, pág. 317.

para ejercitar su acción directamente (y no de forma subsidiaria o con excusión previa del patrimonio de la sociedad) (69) contra uno, varios o todos los administradores sociales que integren el órgano de administración y representación de la sociedad en el momento en que la Junta debió ser convocada o la disolución judicial solicitarse. Además nos hallamos ante una responsabilidad personal, indefinida y solidaria de los administradores entre sí y con la sociedad (art. 109) (que, en definitiva, no deja, por el hecho de la responsabilidad, de ser la deudora principal), con todas sus consecuencias (arts. 1.137 y sigs. C.c.). La acción de responsabilidad está, por otra parte, sometida al plazo de prescripción previsto en el art. 949 CódCom., a cuyo tenor “la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración”.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta, en primer término, que el ejercicio de la acción de responsabilidad *ex art. 106.5 PLSRL*, no excluye, evidentemente, la responsabilidad social e individual de los administradores por los daños que su incumplimiento ocasione al patrimonio social e individual de socios y, especialmente, de los acreedores sociales (arts. 72 PLSRL rem. arts. 133-135 LSA); y, en segundo término, ha de indicarse que no nos hallamos ante una responsabilidad objetiva o ante una excepción de la regla fundamental de la responsabilidad por culpa o negligencia, sino que se precisa la imputación del incumplimiento a los administradores, admitiéndose la exoneración de aquellos administradores que prueben que hicieron todo lo posible por cumplir con su deber; tratándose de un órgano colegiado, será de aplicación el art. 133 LSA (70).

45

(69) En contra, DE LA CÁMARA, “El contrato de sociedad. ¿Crisis de un concepto?”, *cit.*, pág. 475, nota. 42.

(70) BOJÁS, “La financiación de la actividad social de las sociedades de capital y la situación de pérdidas desde la perspectiva del Derecho mercantil actual”, *RDP*, abril, 1994, págs. 307 y sigs.

2.7. La reactivación de la sociedad disuelta.

El PLSRL contempla y admite expresamente la reactivación de la sociedad disuelta, salvo en los casos de disolución de pleno derecho (art. 107.2 PLSRL) (71). El acuerdo social de reactivación (indelegable) será lícito si se cumplen cuatro requisitos: la desaparición de la causa de disolución (72), el patrimonio contable no debe ser inferior al capital social (73), no debe haber comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios (74) y el acuerdo debe adoptarse con arreglo a los requisitos y mayorías previstos para la modificación de los estatutos (sin necesidad, por tanto, de

46

(71) La doctrina mayoritaria admite la reactivación de la sociedad disuelta pese a la falta de una norma expresa, *vid.*, ya PÉREZ DE LA CRUZ, "Algunos problemas en materia de prórroga y reactivación de sociedades", *RDM*, 1968, págs. 247 y sigs. En contra VICENT CHULIÁ, en "La disolución de sociedad con transmisión fiduciaria de acciones a los liquidadores", *CT*, 1972, págs. 199 y sigs., quien exige norma legal explícita. *Vid.*, aunque circunscritas a la anónima, las reflexiones de interés de DÍAZ MUÑOZ, *La reactivación de la sociedad anónima disuelta*, Madrid, 1994, esp. págs. 27 y sigs.

(72) De manera sorprendente la enmienda número 442 del Grupo Popular, propone la supresión de este requisito, *vid.* "Enmiendas", *cit.*, pág. 153.

(73) Obsérvese cómo para la reactivación se exige una condición más rigurosa que en el caso de pérdida del capital social. Si en el caso de pérdida del capital es necesario para remover o eliminar la causa de disolución que el patrimonio neto no esté por debajo de la mitad del capital social, para el caso de reactivación es preciso el equilibrio completo del patrimonio neto contable y el capital social. Ello significa que el PSRL es más riguroso en el caso de reactivación que en el supuesto previo de pérdidas. Si la sociedad quiere decidir la eliminación del desequilibrio patrimonial en el caso de pérdida de la mitad del capital basta con un acuerdo que remonte el patrimonio neto por encima de la mitad del capital. Si en ese caso se opta por la disolución y posteriormente, disuelta la sociedad, se decide la reactivación en los términos del art. 107 PLSRL, el reequilibrio del patrimonio neto contable y el capital social ha de ser perfecto, lo que tiene como consecuencia que será preciso compensar pérdidas a través de la reducción del capital social, pues el mero acuerdo de aumento del capital no sería suficiente. En definitiva, no se entiende que si una sociedad puede proseguir su vida activa en tanto que el patrimonio neto no descienda por debajo de la mitad del capital social, se exija plena cobertura para la reactivación. *Vid.*, CABANAS/CALAVIA, "Comentario de urgencia del Borrador del anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (y IV)", *cit.*, pág. 427.

(74) Es significativo que el límite sea el pago de la cuota de liquidación y no la aprobación del balance final (momento en el cual pudiera pensarse que ya surge el derecho del socio a percibir la cuota de liquidación).

consentimiento individual de los socios). Junto a estos requisitos que vienen impuestos por la transcendencia de un acuerdo que supone retornar a la vida activa a una sociedad disuelta (incluso, judicialmente, pues como la norma no excluye esta hipótesis ha de admitirse), el PLSRL prevé dos mecanismos de tutela de los intereses de accionistas disidentes con la decisión de revocación y de los acreedores sociales. A los primeros se les reconoce, como en el caso de prórroga, un derecho de separación cuando no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo (art. 97.1.d)). A los acreedores se les tutela de forma estricta a través del reconocimiento de un derecho de oposición al acuerdo de reactivación “en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la Ley para el caso de fusión” (art. 107.3 PLSRL rem. art. 96 PLSRL rem. art. 243 LSA) (75).

No establece el art. 107 PLSRL si la Junta general ha

47

(75) Derecho de oposición que no recogía el ALSRL, *vid.* Rojo, “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 47. El art. 243 LSA dispone que “la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio del acuerdo de la Junta general. Durante ese plazo los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan podrán oponerse a la fusión en los términos previstos en el artículo 166”. El precepto exige además que “en el anuncio del acuerdo de fusión deberá mencionarse expresamente el derecho de oposición”. De nuevo nos hallamos ante la técnica deficiente de la remisión múltiple que acarrea un juego de remisión a remisión en detrimento de la claridad de la normativa. El PLSRL debería prever expresamente el derecho de oposición a la reactivación en vez de remitir, en términos generales, al derecho de oposición de la fusión que a su vez se remite, como vemos, al art. 166 LSA, a cuyo tenor “1. Los acreedores cuyo crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción del capital tendrán el derecho de oponerse a la reducción hasta que se les garanticen los créditos no vencidos en el momento de la publicación.

No gozarán de este derecho los acreedores cuyos créditos se encuentren ya adecuadamente garantizados.

2. El derecho de oposición habrá de ejercitarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha del último anuncio del acuerdo.

3. La reducción del capital no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento”.

de proceder, junto al acuerdo de reactivación, a la designación de administradores. Parece que sería lo lógico dado que el retorno a la vida activa de la sociedad exigirá la existencia de un órgano de administración que gestione y represente a la sociedad, más allá de las limitadas funciones de los liquidadores. De ahí que nos parezca oportuno que, en el texto definitivo, se recoja dicha previsión o, al menos se disponga en un nuevo apartado del art. 107 PLSRL, que en caso de reactivación la regla de conversión automática de administradores en liquidadores, prevista en el art. 111 PLSRL, actuase en forma inversa, de tal modo que los liquidadores se transformasen en administradores, pues una aplicación analógica directa del art. 111, en sentido inverso, nos parece muy forzada (76).

48

Conviene no confundir la figura de la reactivación con aquella otra que se conoce como “remoción” de la causa de disolución. Esta última tiene lugar en aquellos supuestos disolutorios complejos que se integran por una causa legítima y por un acuerdo social o una resolución judicial. La Junta llamada a adoptar el acuerdo de disolución, también podrá adoptar aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa; de ser así, la sociedad nunca habrá estado disuelta (para ello, además de la causa, es necesario el acuerdo social o la resolución judicial) y no podrá hablarse de reactivación (la sociedad no puede retornar a su vida activa porque nunca la ha dejado). El ejemplo típico de remoción es el art. 105.1.e) PLSRL cuando, como vimos, señala que la sociedad se disolverá por consecuencia que dejen reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social, “a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente” (77).

(76) CABANAS/CALAVIA, “Comentario de urgencia del Borrador del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *cit.*, pág. 427.

(77) Queda en el aire la duda de si el orden del día de la Junta llamada a decidir la disolución, ha de incluir una referencia expresa a la remoción de la causa de disolución para que ésta pueda ser acordada. Como normalmente la remoción exigirá una reforma de los estatutos, la exigencia de “debida claridad” en la convoca-

3. La liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada

3.1. Consideraciones generales.

Con la disolución se abre el período de liquidación de la sociedad (art. 110.1 PLSRL), de enorme transcendencia ya que en esta fase habrán de pagarse las deudas sociales (con arreglo a la fecha de su vencimiento), cobrarse los créditos (si los hubiere), ultimar las operaciones pendientes y dividir el patrimonio resultante entre los socios.

El régimen jurídico de la liquidación ha de tutelar y equilibrar, por tanto, los intereses opuestos de socios y acreedores sociales (78), evitando que la sociedad desaparezca fácticamente sin el oportuno ajuste de cuentas y, al tiempo, ha de permitir una liquidación ágil y rápida (79).

En la regulación actual de la liquidación, el art. 32 LSRL 1953 dispone que habrá de estarse a “lo dispuesto en la escritura de constitución y en el Código de Comercio”. El resultado de esta remisión general es que, a falta de previsión en la escritura de constitución (que, como es sabido, suele ser lo habitual), se aplicarán los artículos 227 a 238 CódCom 1885 (80). Con esto, se mantiene en la actua-

49

toria debería llevarnos a acoger la respuesta afirmativa; no obstante, es significativo que el art. 106.2 PLSRL no diga que la Junta general “podrá ser convocada”, sino directamente que “podrá adoptar”.

(78) Así, CARLON, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, ob. cit., pág. 356, quien opina que la liquidación, de igual forma que la fundación, “ha de atender a intereses, en parte coincidentes y en parte contrapuestos entre sí, pero, en todo caso, distintos: el interés de los socios, el de los acreedores y, por fin, el interés de la generalidad (sean terceros no acreedores, sea la economía nacional)”.

(79) ROJO, “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, cit., pág. 47.

(80) Vid., por todos, CARLON, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, ob. cit., págs. 359-360, para quien, no obstante, “resulta altamente dudoso, si cabe que la escritura social pueda derogar aquella disciplina en lo tocante a los intereses de terceros (ya sea la del Código de comercio, ya sea la Ley de Sociedades Anónimas, aplicada analógicamente)”. Considera de carácter imperativo las normas establecidas en garantía de los acreedores sociales DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1977, pág. 644, a cuyo juicio “hay que tomar a beneficio de inventario la primacía que se asigna a las prescripciones de la escritura social”.

lidad un régimen de liquidación distinto para la sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada que no tiene, a nuestro juicio, justificación alguna, pero que implica, por su régimen liberal, algunas consecuencias más ventajosas para los socios de la limitada; basta tener presente que, con arreglo al CódCom, no se exige subasta pública o autorización previa para enajenar inmuebles (81), ni es preciso que el número de liquidadores sea impar (82), ni precisa de interventores, y, en ausencia de pacto, los administradores se convierten en liquidadores (83). Con todo, y al margen de estos efectos beneficiosos, la regulación de la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, no podía quedar al amparo de una normativa excesivamente genérica y al tiempo insuficiente, tendente a proteger más al socio que a los acreedores sociales, que no responde ni resuelve muchos de los problemas que genera la práctica de la liquidación en la actualidad (84). El PLSRL 1994 tiene como misión primordial establecer, por primera vez para las sociedades de responsabilidad limitada, un régimen completo y primordialmente eficiente de la liquidación. De ahí que alejándose parcialmente de la obsoleta regulación de la LSA, el PLSRL dedique 16 preceptos (arts. 110 a 125) a resolver algunas de las cuestiones más importantes que plantea la liquidación y extinción de la sociedad de responsabilidad limitada. Por lo que respecta a la liquidación propiamente dicha, examinamos a continuación las propuestas que el PLSRL recoge en materia de liquidadores (v., 3.3), operaciones de liquidación (v., 3.4), cuentas de la sociedad en liquidación (v., 3.5.),

(81) *Vid.*, RDGRN de 10 de enero de 1990.

(82) *Así*, RDGRN de 20 de julio de 1984.

(83) VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, ob. cit., págs. 957-958; BELTRÁN, "La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada", *cit.*, pág. 865.

(84) CARLON denuncia, precisamente, esta situación: de un lado, el régimen jurídico actual es dispositivo, de otro, las normas del CódCom 1885 son arcaicas e inadecuadas para resolver los problemas de la sociedad en dicho período de liquidación durante el cual se ven comprometidos intereses de terceros, *vid.*, ob. *últ. cit.*, pág. 360.

cuota de liquidación y su reparto (v., 3.6.); por último, se hace especial mención a la disciplina de la cesión global del activo y pasivo, configurada en el PLSRL como una liquidación de la sociedad simplificada (v., 3.7.).

3.2. Período de liquidación.

Con mejor redacción que el art. 266 LSA, el art. 110.1 PLSRL dispone que la disolución de la sociedad abre el período de liquidación. Interesa destacar que no ha pasado al texto del PLSRL, la exigencia de publicidad especial de la disolución del actual art. 263 LSA; sí, lógicamente, la de inscripción registral de la misma (85), pero por aplicación del art. 22.2 CódCom.

Mejorando la confusa remisión actual del art. 271 LSA a las disposiciones de los estatutos en cuanto a la convocatoria y reunión de las juntas ordinarias y extraordinarias, el art. 110.3 PLSRL remite *in toto* a las normas previstas en la Ley, en lo que no sean incompatibles con las establecidas en la sección dedicada a la liquidación; pone así de manifiesto que la disolución no implica la extinción de la sociedad.

51

3.3. Los liquidadores.

3.3.1. Planteamiento.

La disolución de la sociedad abre la liquidación de la misma pero no supone todavía su extinción. Este hecho explica que la sociedad conserve su personalidad jurídica y que subsista su órgano de deliberación y decisión social, es decir, la Junta general; pero, además, que exista un órgano de administración y representación de la sociedad frente a terceros a lo largo del período de liquidación: los liquidado-

(85) Con la consiguiente publicación en el BORME.

res. Estos sustituyen a los administradores, quienes, abierto el período de liquidación, “cesarán en su cargo” (art. 111.1 PLSRL) (86). Se trata de un órgano social cuyo cometido básico y exclusivo será el de realizar las operaciones de liquidación y al que se aplican, de acuerdo con el art. 115 PLSRL, “las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto en esta sección” (87). Sobre el régimen jurídico de los liquidadores abordamos seguidamente las novedades que el PLSRL presenta respecto a su nombramiento y separación (3.3.2.), funciones y poder de representación (3.3.3.) y responsabilidad (3.3.4.).

3.3.2. *Nombramiento y duración del cargo.*

52 Una importante aportación del PLSRL es, precisamente, el mantenimiento del sistema de nombramiento de los liquidadores vigente en la actualidad, rechazando y discrepando, en este caso, del régimen previsto en la LSA (88). Con ello se recoge la tesis dominante en nuestra doctrina que frente a la dicotomía de soluciones entre el art. 229 CodCom y el 268 LSA (anterior 159 LSA 1951), defendía la aplicación del primer precepto a las limitadas sobre la base de la remisión legal y el carácter de “entidad modesta que no justifica la incompatibilidad entre administradores y liquidadores de la sociedad” (89). El art. 111 PLSRL recoge esta

(86) Obsérvese que el precepto habla, sin más, del cese de los administradores, apartándose así del confuso art. 267.1 LSA, que refiere el cese a la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, y que ha servido de base a alguna sentencia del TS (4 diciembre 1992) para afirmar la concurrencia de administradores y liquidadores durante el período de liquidación (así en materia de convocatoria de Junta).

(87) Sobre el carácter de órgano social de los liquidadores y la aplicación analógica de las normas que rigen el órgano de administración, al que sustituyen en el período de liquidación, *vid.*, CARLON, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, *ob. cit.*, pág. 361.

(88) Sobre el mismo, *vid.*, BELTRÁN, “Nombramiento de liquidadores en la sociedad anónima”, *RGD*, abril, 1991, págs. 2971 y sigs.

(89) *Cfr.* CARLON, *ob. últ. cit.*, pág. 361.

regla de la conversión automática de administradores en liquidadores, al señalar que “quienes fueren administradores al tiempo de la disolución quedarán convertidos en liquidadores, salvo que se hubieren designado otros en los estatutos o que, al acordar la disolución, los designe la Junta general” (90). De ese modo, los administradores se sustituyen por los liquidadores, no pudiendo producirse concurrencia de unos y otros. Cuestión distinta es si no se debía haber previsto, como acontece para la anónima, que, en caso de ser personas distintas los liquidadores, los administradores antiguos deberían prestar su concurso para la práctica de las operaciones de liquidación (art. 267.2 LSA) o suscribir, en unión de los liquidadores, el inventario y el balance inicial (art. 272.a)), omisión que no resulta cubierta por el art. 115 PLSRL.

A través de la regla de conversión automática podrá darse por terminada una situación que, aun anómala, es muy frecuente. Se trata de la necesidad de prolongar interinamente o de forma provisional las facultades de los administradores para salvar el vacío que puede existir entre la apertura de la liquidación y el nombramiento de los liquidadores cuando éstos no se nombran por la Junta que adopta el acuerdo de disolución o por la resolución judicial (situación que permite el art. 209.1 RRM al disponer que la inscripción del nombramiento de los liquidadores pueda ser simultánea o posterior a la disolución). Este vacío y continuidad interina del órgano de administración, se evitan gracias a la regla de la conversión automática de los administradores en liquidadores; automática en el sentido de que no precisa ni un especial nombramiento ni una aceptación expresa de los administradores para que tenga lugar. En realidad, el legislador vincula la aceptación del cargo de

(90) Con el mismo contenido, *vid.*, art. 151.1 CSC 1986 y el § 66 GmbHG alemana, a cuyo tenor “en los casos de disolución, excepto el debido al procedimiento de quiebra, la liquidación se practicará por los administradores si no se ha confiado a otras personas por la escritura social o por el acuerdo de los socios”.

administrador al de liquidador en los supuestos de conversión o transformación imperativa (91).

La regla de la conversión automática no entrará en juego cuando los estatutos hubieran designado expresamente a los liquidadores (92), o cuando la Junta general, al acordar la disolución, los hubiera designado (93). En ambos casos, será necesaria la aceptación expresa del designado; si éste no aceptara entraría en juego de forma subsidiaria la regla de la conversión. En cuanto al nombramiento por la Junta general, el acuerdo se adoptará por las mayorías ordinarias y previa su inclusión en el orden del día de la Junta (94).

Con ánimo de solventar las situaciones de órgano de liquidación vacante o incompleto, el art. 111.2 y 3 PLSRL establece un sistema de designación judicial de liquidadores. Así, en los supuestos de fallecimiento o cese del liquidador único, de todos los liquidadores solidarios, de alguno de los dos liquidadores mancomunados o de la mayoría de aquéllos cuando no existan suplentes, se reconoce a cualquier socio o incluso a “persona con interés legítimo” (95) la legitimación para solicitar al juez de primera instancia del domicilio social la convocatoria de la Junta general con el fin de que nombre liquidadores (art. 111.2 PLSRL) (96). Si la Junta

54

(91) Así, CABANAS/CALAVIA, “Comentario de urgencia del Borrador del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *cit.*, págs. 431 y sigs.

(92) Repárese en que el texto propuesto se refiere a su designación concreta en los estatutos, no a que éstos hubieran establecido normas sobre el nombramiento de los liquidadores (así, en cambio, el art. 268.1 LSA). Por tal motivo, aunque los estatutos hubieran dispuesto que su nombramiento corresponde a la Junta general, si al tiempo de adoptarse el acuerdo de disolución, no se lleva a cabo dicho nombramiento, entrará en juego la regla de la conversión.

(93) La Junta general siempre podrá llevar a cabo este nombramiento, aunque nada dispongan los estatutos sobre el particular.

(94) Junto a los miembros titulares, también se podrá proceder al nombramiento de suplentes; esta posibilidad no sólo aparece mencionada en el art. 111.2 PLSRL, sino que resulta también aplicable por la remisión general del art. 115 PLSRL al régimen jurídico de los administradores (art. 62 PLSRL).

(95) Contrástese con el art. 48.4 PLSRL que limita dicha legitimación a los “socios”.

(96) A nuestro juicio se podrá solicitar la convocatoria judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

convocada no procediera al nombramiento de liquidadores, “cualquier interesado” puede, con arreglo al número 3 del art. 111 PLSRL, solicitar su designación al juez de primera instancia del domicilio social (posibilidad que no contemplaba el Borrador del ALSRL). Se trata de una norma de cierre que resuelve el problema de la pasividad o desinterés de los socios por la liquidación de la sociedad.

Asimismo, el PLSRL aprueba el nombramiento judicial de liquidadores cuando hayan transcurrido tres años desde la apertura de la liquidación (esto es, desde el acuerdo o resolución judicial, y no desde la inscripción de la disolución; tratándose de causa de disolución de pleno derecho, desde que ésta se hubiera producido) sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta general el balance final de liquidación. Para ello resulta preciso que cualquier socio o persona con interés legítimo solicite al juez de primera instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. La autoridad judicial debe acordar, una vez oídos, la separación de los liquidadores de la sociedad, en el caso de que no exista una causa que justifique la dilación, nombrando la persona o personas que tenga por conveniente como liquidadores, fijando su régimen de actuación y su remuneración (97) que, con independencia de la estatutaria, será la establecida para los síndicos en caso de quiebra (art. 112.2 PLSRL). Contra esta resolución no cabe recurso alguno (art. 112.2 PLSRL). La idea del legislador ha sido básicamente establecer una norma que ampare las situaciones de liquidación indefinida por parco actuar o pasividad de los liquidadores, pero, lo cierto, es que si se valora en sus justos términos la previsión, puede resultar ineficiente si no se completa con otras normas que tiendan a agilizar al máximo la liquidación. Piénsese que, como sucede en la práctica, la duración de las operaciones de liquidación dependerá de las

(97) En los demás supuestos, el cargo de liquidador no es retribuido, salvo que los propios estatutos señalen lo contrario (art. 69.1 rem. ex art. 115 PLSRL).

dificultades que presenta su realización y esta hipótesis ha de incluirse en el supuesto contemplado por la Ley al señalar que “no exista causa que justifique la dilación”. Como ya se ha señalado a propósito del art. 112.2 PLSRL, esta causa justificativa se dará siempre que, en el momento de la disolución, existan relaciones jurídicas duraderas de la sociedad con terceras personas. De ahí que se haya propuesto, con acierto, una norma que legitimase al juez, a petición de los liquidadores, para resolver el vencimiento anticipado de las deudas, créditos y contratos de la sociedad (98).

56

La duración del cargo de los liquidadores es, salvo cláusula estatutaria contraria (99), por tiempo indefinido (art. 112.1 PLSRL). Con esta previsión, nuestro legislador ha rechazado otras soluciones existentes en Derecho comparado como la de determinar un plazo de duración máxima legal de la liquidación, cuyo transcurso da lugar a la liquidación judicial (art. 150 CSC 1986 (100)). Ha preferido la opción, como señala uno de los ponentes del ALSRL, de combinar la iniciativa de cualquier interesado con la intervención judicial (101).

(98) Así, BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 870.

(99) Obviamente, en los supuestos de conversión automática de administradores en liquidadores, el plazo de duración previsto para los primeros no es aplicable a los segundos; no obstante, si los estatutos hubieran establecido un plazo de duración del cargo de liquidador, creemos que será de aplicación, el art. 63.2 PLSRL (rem. ex art. 115 PLSRL).

(100) El art. 150 CSC 1986 portugués manifiesta que “*la liquidação deve estar encerrada e a partilha aprovada no prazo de tre annos, a contar da data em que a sociedade se considere dissolvida, sem prejuizo de prazo inferior convencionado no contrato ou fixado por deliberação dos sócios*”.

Este plazo puede ser prorrogado por acuerdo social por un máximo de dos años. Si transcurridos los plazos no se ha procedido a la liquidación voluntaria, se convertirá en liquidación judicial (art. 150.3 CSC 1986).

(101) Se trata de ROJO, “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 49.

3.3.3. Estructura del órgano de liquidación.

Tanto por la remisión del art. 115 PLSRL al régimen jurídico de los administradores como implícitamente por el texto del art. 111.2 PLSRL, se desprende que los modos de organizar la liquidación coinciden con los previstos para la administración. Es decir: liquidador único; varios liquidadores solidarios que actúen individualmente; dos liquidadores mancomunados que actúen conjuntamente; comisión liquidadora, cuando varios liquidadores (un mínimo de tres) actúen colegiadamente. Por lo que diremos después no queda claro que en los supuestos de conversión automática los liquidadores mantengan el mismo sistema de actuación del órgano de administración. En cuanto a los apoderamientos, subsistirán aunque subordinados al fin de la liquidación (102).

3.3.4. Funciones y poder de representación.

57

Con la liquidación, la sociedad debe abandonar las actividades específicas que constituyen su objeto social y fin lucrativo, y encaminarse exclusivamente al objeto liquidatorio: la extinción de la integridad de las relaciones jurídicas surgidas a lo largo de la vida social (103). Con ese fin, los liquidadores están legitimados para realizar una serie de funciones y además se les inviste de un poder de representación amplio que, como señala el art. 113.2 PLSRL, “se extiende a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad”. Como veremos, a dichas operaciones se refiere expresamente el art. 117 PLSRL (v. 3.4.) y vienen a concentrarse en el cobro de los créditos sociales, pago de las deudas sociales vencidas, ultimación de operaciones pendientes, división del patrimonio y reparto de la cuota de liquidación entre los socios y, finalmente, petición de la cancelación de los asientos registrales.

(102) No así las delegaciones en los supuestos de Consejo de Administración.

(103) CARLON, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, ob. cit., pág. 362.

Por lo que respecta al poder de representación de los liquidadores, el art. 113 PLSRL recoge dos normas, la primera, relativa a su atribución, dispone que, "salvo disposición contraria de los estatutos, el poder de representación corresponderá a cada liquidador individualmente"; la segunda, se refiere al ámbito del poder de representación que es amplio ya que "se extiende a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad".

58 En relación al régimen de atribución del poder de representación, puede presentarse una aparente falta de coordinación respecto al régimen de actuación de los liquidadores que, según hemos visto, puede adoptar las diversas formas del órgano de administración. En realidad, existe en los estatutos libertad sobre el número de los liquidadores (no se exige que sea impar) y sobre el régimen de actuación de éstos (liquidador único, dos liquidadores mancomunados, liquidadores solidarios, tres o más liquidadores colegiados), pero si los estatutos no prevén nada al respecto, entonces el régimen de actuación y representación será el de los liquidadores solidarios, solución que, por otra parte, facilita, la liquidación (104). De todas formas, sorprende que sólo se contemple la salvedad estatutaria y que nada se diga a propósito de un posible acuerdo de la Junta general en senti-

(104) La cuestión no está, sin embargo, cerrada, posiblemente por la falta de precisión del PLSRL en los supuestos de conversión automática de administradores a liquidadores, en cuanto no se expresa claramente si la conversión es global, esto es, de los miembros y de la forma de actuar del órgano de administración, o sólo de miembros. De ser esto último, la interpretación dada en el texto sería la más correcta, pero si se trata también de la forma o estructura del órgano, entonces habría de distinguirse dos esferas de actuación: de un lado, la adopción de los acuerdos del órgano de liquidación (solidaria, mancomunada, colegiada), de otro, el ejercicio frente a terceros del poder de representación, que corresponderá, salvo cláusula estatutaria en concreto, a cada liquidador individualmente. El liquidador individual podrá actuar individualmente pero vinculado al acuerdo previo del órgano de liquidación, que se limitará a ejecutar, incurriendo, en otro caso, en responsabilidad, *vid.*, esta interpretación en CABANAS/CALAVIA, "Comentario de urgencia del Borrador del Anteproyecto de Ley de sociedades de Responsabilidad limitada", *cit.*, pág. 433. Con todo, ROJO, miembro de la ponencia del Borrador del ALSRL, es partidario de la tesis mantenida en el texto, *vid.* "Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada", *cit.*, pág. 50.

do distinto a la solución legal, al proceder al nombramiento de los liquidadores.

En cuanto al ámbito del poder de representación, el art. 113.2 PLSRL no presenta problemas interpretativos, dada la claridad de su texto: “todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad”. La cuestión más importante en este caso es el tratamiento que han de tener los actos que los liquidadores realizan con terceros cuando éstos no sean necesarios para la finalidad liquidatoria. Pese a la falta de una norma expresa que contemple este problema, consideramos que los terceros han de estar amparados y la sociedad debe quedar obligada, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en el ámbito interno por dichos actos ajenos al objeto liquidatorio, salvo que pruebe que el tercero o terceros conocían o debían conocer que no se trataba de un acto vinculado a la liquidación. Esta solución es la prevista para los administradores y no parece que la fase liquidatoria justifique una solución distinta que desampare a los terceros que contratan con la sociedad, la que, por otra parte, recuérdese, conserva la capacidad general de contratar (105).

59

3.3.5. Régimen jurídico y responsabilidad.

La aplicación general al régimen de los liquidadores de las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto para la liquidación, permite determinar, entre otras cuestiones, el régimen de responsabilidad de los liquidadores (art. 115 PLSRL); éste será, por tanto, según el art. 72 PLSRL, “el establecido para los administradores de la sociedad anónima”. De mantenerse este juego de remisiones, se pondrá término al trato favorable que los

(105) En concreto, el art. 66 PLSRL dispone que “2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”.

liquidadores de la sociedad tienen en materia de responsabilidad, en cuanto no responden en la actualidad, por aplicación del art. 231 CódCom, por culpa leve (106).

3.3.6. *Separación y renuncia de los liquidadores.*

El art. 114 PLSRL contempla dos supuestos de separación de los liquidadores. En primer lugar, por acuerdo de la Junta general, posibilidad que sólo se dará cuando se trate de liquidadores no designados judicialmente, aun cuando no conste en el orden del día (107). En segundo lugar, por resolución judicial, cuando se trate de los liquidadores designados judicialmente a solicitud de quien acredite interés legítimo.

60 En cuanto a la renuncia de los liquidadores al cargo, parece que han de aplicarse las mismas reglas previstas para el órgano de administración (es decir, que la renuncia intempestiva de los mismos no deje a la sociedad sin órgano de liquidación).

3.4. Operaciones de liquidación.

En lo que atañe a las “operaciones de liquidación”, el art. 117 PLSRL, acogiendo la fórmula del art. 272 LSA y

(106) De acuerdo con el art. 231 CódCom 1885, “los liquidadores serán responsables a los socios de cualquier perjuicio que resulte al haber común por fraude o negligencia grave en el desempeño de su encargo, sin que por eso se entiendan autorizados para hacer transacciones ni celebrar compromisos sobre los intereses sociales, a no ser que los socios les hubieren concedido expresamente estas facultades”. Por su parte, el art. 279 LSA prevé la responsabilidad de los liquidadores ante accionistas y acreedores, “de cualquier perjuicio que les hubiese causado con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo”. Sobre esta responsabilidad, *vid.*, SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, “Consideraciones en torno a la responsabilidad civil de los liquidadores de la Sociedad Anónima”, *PJ*, 30, junio 1993, págs. 99 y sigs., esp. 108 y sigs. El art. 72 PLSRL establece, por consiguiente, un régimen de responsabilidad más riguroso también que el art. 279 LSA, en cuanto no excluye la culpa leve.

(107) Nada dice el PLSRL sobre la separación judicial de los liquidadores que no hayan sido nombrados por el juez (para la sociedad anónima, *vid.* art. 280.c) LSA).

separándose, en parte, de la del art. 228 CódCom, señala las funciones que corresponden a los liquidadores, algunas de ellas de mención innecesaria, como la de “velar por la integridad del patrimonio social y llevar la contabilidad de la sociedad” (art. 117.a) PLSRL) o la de “comparecer en juicio y concertar transacciones y arbitrajes, cuando así convenga al interés social” (art. 117.b) PLSRL), en cuanto el PLSRL remite, en términos generales, al régimen de los administradores de la sociedad (art. 115 PLSRL).

Una de las funciones primordiales de los liquidadores es, concretamente, la conclusión de las operaciones pendientes y la realización de las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad (art. 117.b) PLSRL). Esta previsión ha sido interpretada en sentido amplio: la liquidación no conlleva necesariamente la eliminación de la empresa social, de tal forma que los liquidadores pueden seguir explotando la empresa interinamente ya sea para evitar el perjuicio que puede ocasionar una terminación brusca, ya sea para la preparación de una operación de fusión, escisión o de transmisión en bloque (108). Esta posibilidad ha de admitirse, no obstante, con cautelas, para evitar el riesgo de que esta vía sea utilizada para reactivar de hecho la sociedad (109). Con la posibilidad de que los liquidadores puedan realizar nuevas operaciones el art. 117.b) PLSRL se aparta, como el art. 272 LSA, de los límites impuestos en el art. 228 CódCom. El precepto propuesto en el PLSRL ha de interpretarse en sentido amplio: los liquidadores podrán efectuar todas aquellas operaciones que favorezcan o agilicen la liquidación de la sociedad (110), que, en todo caso, deben estar vinculadas a la finalidad liquidatoria. Aquí se

(108) Así, DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 617; BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, cit., pág. 878.

(109) Con acierto, URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 151.

(110) Vid., respecto, al art. 272 LSA, URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 150-151.

ha de proteger fundamentalmente al tercero que contrata con la sociedad y que puede desconocer el grado de vinculación del contrato celebrado respecto a la liquidación. Por ello, hemos de advertir que, en estos casos, la sociedad quedará obligada, sin perjuicio de la responsabilidad del liquidador, frente a los derechos adquiridos por terceros de buena fe al contratar con los liquidadores, salvo que pruebe que el tercero obró de mala fe o con culpa grave, esto es, que conocía o debía conocer que el contrato celebrado no era una operación necesaria para la liquidación.

Otra de las facultades asignada a los liquidadores es la de percibir créditos y pagar las deudas sociales (art. 117.c) PLSRL).

62

La realización del activo exige que los liquidadores procedan al cobro de los créditos titularidad de la sociedad por todos los medios que el ordenamiento pone a su alcance. No se les reconoce la posibilidad de que puedan solicitar del juez el cobro anticipado aunque la sociedad esté en liquidación, salvo el caso de que el plazo se hubiera pactado en beneficio exclusivo de la sociedad o cuando el deudor lo consienta. Pueden, no obstante, ceder sus créditos siempre que se pacte la liberación del cedente (111).

Con la liquidación, los liquidadores deben afrontar el pago de las deudas sociales, de tal modo que no podrán satisfacer la cuota de liquidación sin la previa satisfacción de los acreedores o la consignación del importe de sus créditos (art. 121 PLSRL (112), arts. 1.176-1.181 C.c.). Pese a

(111) Expresamente, URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 160, quienes admiten incluso la posibilidad que concierten para el cobro de los créditos un contrato de *factoring*.

(112) La consignación tiene asignada en nuestro Derecho efectos extintivos. La misma regla se recoge en el art. 154.1 (liquidación del pasivo social) del *Código das Sociedades Comerciais*. En su apartado segundo hace mención expresa a la consignación, que puede ser revocada probando que la deuda se extinguió por otro hecho. A diferencia del precepto español contempla expresamente el supuesto de deudas litigiosas, exigiendo que los liquidadores garanticen los derechos eventuales del acreedor a través de caución, prestada en los términos previstos en el Código del Proceso Civil.

los términos estrictos del art. 121 PLSRL no parece que se excluyan otras formas de pago que extingan la obligación social como, por ejemplo, la compensación o incluso la asunción de deudas por un tercero o por los propios socios (113).

La liquidación no afecta, por sí misma, a los créditos contra la sociedad, ni en su cuantía, vencimiento ni siquiera respecto a las garantías (114). Producido el vencimiento los liquidadores deberán satisfacer las deudas de la sociedad.

En relación a la enajenación de los bienes sociales, el art. 117.d) PLSRL mantiene, con acierto, la no necesidad en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada de la subasta pública para enajenar bienes inmuebles de la sociedad. En efecto, la exigencia prevista para la anónima en el art. 272.d) LSA no está, a nuestro juicio, justificada ni para la propia sociedad anónima ni para la limitada. De ahí que, con fortuna, se mantenga el criterio de atemperar los requisitos de disponibilidad de los bienes sociales, incluidos los inmuebles, sin perjuicio de la responsabilidad que los liquidadores pueden contraer al enajenar de forma negligente o intencionadamente los bienes de la sociedad en condiciones dudosas o fraudulentas. Para dicha enajenación no precisarán la autorización de la Junta general ni, como decimos, en el caso de inmuebles, la subasta pública que en la práctica, ocasiona en muchos casos la depreciación del valor de los bienes (115). Por lo demás, los liquidadores podrán vender los bienes de forma individualizada o globalmente o aportarlos a cambio de acciones o participaciones a

63

(113) *Vid.*, especialmente, DE LA CUESTA RUTE, "Remedios de los acreedores insatisfechos en la liquidación de la sociedad anónima y promesa de sus socios de asumir las deudas sociales", *La Ley*, 1982, págs. 191-205.

(114) GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1947, págs. 1241-1242. URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, *Disolución y liquidación de la sociedad*, *ob. cit.*, pág. 163.

(115) Sobre los problemas que genera la exigencia de subasta pública en los casos de transmisión de un inmueble, *vid.*, URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*, *ob. cit.*, págs. 152 y sigs., quienes defienden, no obstante, que la subasta pública no es precisa cuando se dé acuerdo de la Junta general autorizando la venta del inmueble.

otra sociedad, pudiendo, además, venderlos a crédito siempre y cuando no se prolongue excesivamente la liquidación (116).

Como última operación de liquidación, el art. 117 PLSRL hace referencia a “satisfacer a los socios la cuota de liquidación”. Propiamente no se trata de una operación de liquidación sino del resultado de la misma (v., 3.6).

3.5. Las cuentas durante la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada.

64

Una de las virtudes del PLSRL es, precisamente, que reordena la materia de las cuentas en el proceso liquidatorio. Con la actual redacción del art. 116 PLSRL se suprime el deber de los liquidadores de “formar y comunicar a los socios, dentro del término de veinte días, el inventario del haber social, con el balance de las cuentas de la sociedad en liquidación, según los libros de contabilidad” (art. 230.1.º CódCom) y de “comunicar igualmente a los socios todos los meses el estado de liquidación” (art. 230.2 CódCom). El PLSRL, a diferencia del régimen previsto para la sociedad anónima, tampoco reconoce una obligación de comunicación contable a favor de los acreedores sociales (117). Por otro lado, mantiene, como es lógico, la necesaria llevanza de una contabilidad durante el período de liquidación, exigiendo, en el plazo de tres meses a contar desde la apertura de la liquidación, la formulación de un inventario (relación de bienes y derechos de la sociedad disuelta) y un balance inicial o de apertura en el que se indicará el día en que la sociedad se hubiera disuelto (art. 116.1 PLSRL).

Nada dice el precepto sobre los criterios de valoración que han de adoptarse para la elaboración del balance de

(116) BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 879.

(117) Que sí se recoge en favor de socios y acreedores de la sociedad anónima en el art. 273.1 LSA, a cuyo tenor, “1. Los liquidadores harán llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores, por los medios que en cada caso se reputen más eficaces, el estado de liquidación”.

apertura, cuestión que se suscita también respecto al balance inicial de liquidación de la sociedad anónima. Para un sector de la doctrina, deberán adoptarse los criterios de valoración de empresa en funcionamiento del art. 38 CódCom, pues ese balance recoge las consecuencias de la actividad social desde las últimas cuentas anuales (118). Para otros autores, ha de estarse al valor de la empresa en función del valor de realización o de mercado (119). Una previsión expresa, como la del § 71.2 GmbHG, evitaría esta discrepancia interpretativa, y debería abordar además el problema de la continuidad o no de la auditoría de cuentas en la liquidación (120). En este sentido, merecen una valoración positiva las enmiendas números 450 y 451 del Grupo

(118) Se trata del profesor VICENT CHULIÀ, "La disolución y la liquidación de la sociedad limitada en el Proyecto de Ley de 22 de diciembre de 1993", *cit.*, págs. 5618-5619, quien acoge la solución que parece brindar el § 71.2 GmbHG, a cuyo tenor, "...Al balance de apertura y al informe explicativo se aplicarán análogamente las normas relativas al balance de ejercicio. Sin embargo, los elementos del activo fijo serán valorados como capital circulante en la medida en que su enajenación estuviera prevista dentro de un espacio de tiempo apreciable o dichos elementos ya no sirvieran para el giro de la empresa; este criterio será válido igualmente para el balance de ejercicio", sobre este precepto *vid.*, primordialmente, SCHMIDT, *Scholz Kommentar GmbH Gesetz*, II, Köln, 1988 y LUTTER/HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 13 ed., Köln, 1991, § 71, págs. 712 y sigs.

(119) Así, GIRÓN, *Derecho de sociedades anónimas*, *cit.*, pág. 585; DE EIZAGUIRRE/DE ANGULO, *Disolución y liquidación. Obligaciones*, en SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1993, pág. 191, y, especialmente, URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*, *ob. cit.*, pág. 143, 174, quienes respecto al balance inicial e inventario consideran que habrá de estarse a la complejidad o dificultades que presente el cambio de los criterios de valoración: "es, en efecto, muy difícil que los liquidadores y los antiguos administradores puedan ponerse de acuerdo respecto a la valoración real de los distintos elementos del patrimonio social en el plazo necesariamente corto en que ha de confeccionarse el balance si se quiere dar cumplimiento al mandato legal de suscribir ese documento contable 'al tiempo de comenzar sus funciones' los liquidadores. Justo es consignar, además, que esas exigencias cobran pleno sentido cuando la sociedad tenga unas dimensiones que hagan compleja la liquidación. Cuando, por el contrario, la liquidación sea sencilla y la desaparición de la empresa aparezca como inevitable, no habrá inconveniente en alterar los criterios de valoración guiándose por el criterio de realización inmediata de los bienes..." (el subrayado es nuestro), *ob. cit.*, pág. 144.

(120) Cfr. VICENT CHULIÀ, "La disolución y la liquidación de la sociedad limitada...", *cit.*, pág. 5619.

Popular que claramente proponen hablar de “cuentas anuales”, sometidas al mismo régimen de verificación y depósito (121).

66 Con carácter especial, y recogiendo lo dispuesto en el art. 274.2 LSA, el art. 116.2 PLSRL prevé la sustitución de las cuentas anuales por un “estado anual de cuentas” en el caso de que la liquidación se prolongue por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales (122). En ese caso, los liquidadores están obligados a presentar a la Junta general, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, el estado anual de cuentas y además un informe pormenorizado que “permita apreciar con exactitud la situación de la sociedad y la marcha de la liquidación”. El precepto no está exento de dudas hermenéuticas: ¿exige su aprobación por la Junta general, o simplemente su “presentación”? ¿Qué criterios de valoración han de tenerse en cuenta para confeccionarlo? ¿Están sujetos a publicidad en el BORME como en la LSA? A nuestro juicio la futura LSRL debería, ante las dudas que se suscitan, pronunciarse expresamente sobre estas cuestiones. Con todo, y en relación a la primera cuestión, consideramos que el estado anual de cuentas se presenta a la Junta general para su aprobación, dado su carácter sustitutivo de las cuentas anuales. Asimismo, se reproduce la polémica doctrinal sobre la adopción de los criterios de valoración a adoptar y sobre el contenido del estado anual de cuentas (¿debe, frente al silencio del PLSRL, acompañarse memoria y una cuenta de pérdidas y ganancias?); no respecto a la publicación en el BORME que, a diferencia del art. 273.2 LSA, no se exige, lo que supone una merma en la tutela de terceras personas vinculadas con la sociedad por una relación credi-

(121) Se motiva el mismo régimen de verificación y depósito de las cuentas anuales en “garantía de terceros”, *vid.*, “Enmiendas”, *cit.*, pág. 155.

(122) Sobre la existencia de ejercicios en la liquidación, *vid.*, CABANAS/CALAVIA, “Comentario de urgencia”, *cit.*, págs. 435-436. En relación al balance de liquidación, *vid.* ZUNZUNEGUI PASTOR, “El balance final de liquidación”, *RDBB*, 1992, págs. 469 y sigs.

ticia. El estado anual de cuentas de la liquidación deberá ser objeto de depósito en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad dentro del mes siguiente a su aprobación (art. 329.2 RRM).

Concluidas las operaciones de liquidación, el art. 119.1 PLSRL exige que los liquidadores sometan a la aprobación de la Junta general un balance final, un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante. Por otro lado, el número 2 del art. 119 PLSRL, dispone que el acuerdo social de aprobación del balance es susceptible de impugnación por los socios que no hubieran votado a su favor en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su adopción y que el juez deberá ordenar de oficio la anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil (art. 119.2.II PLSRL).

Las novedades más importantes en torno al balance final de liquidación son: la supresión de su publicación especial en el BORME y en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar del domicilio social (123); tan sólo habrá de incorporarse a la escritura pública de extinción (art. 122. II PLSRL) y se transcribirá su contenido en la inscripción (art. 123.2 PLSRL); y que el objeto de la impugnación no es el balance (art. 275.2 LSA) sino el acuerdo de aprobación del balance de liquidación (balance final y proyecto de división).

La legitimación para impugnar el acuerdo aprobatorio se limita a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo; bastará, por tanto, con no votar a favor (incluidos los socios ausentes) y no será, por tanto, preciso que conste en acta la oposición al acuerdo. Obsérvese que se cierra la posibilidad de ejercitar la acción de impugnación a los acreedores sociales, quienes, en cualquier caso podrán reclamar a los antiguos socios el pago de sus créditos no satis-

(123) *Vid.*, RDGRN de 30 de marzo de 1993.

fechos incluso una vez cancelados los asientos de la sociedad (art. 121 y 126.2 PLSRL) (124). En relación al plazo de caducidad para impugnar el acuerdo, el PLSRL pretende zanjar las dudas que se tienen en la actualidad respecto a si el plazo es de cuarenta días o de un año: de prosperar el texto propuesto será el de dos meses a contar desde la fecha de su adopción.

3.6. La cuota de liquidación y su reparto.

68

Realizadas las operaciones de liquidación, aflora el derecho del socio a participar en el patrimonio resultante de la liquidación (125). Este derecho económico se materializa básicamente en un derecho a la cuota de liquidación, a cuyo contenido y reparto, el PLSRL destina los arts. 120 y 121. De acuerdo con el primero, los socios tienen derecho, *prima facie*, a percibir en dinero dicha cuota, salvo acuerdo unánime (art. 120.1 PLSRL). De ese modo el PLSRL establece que el contenido de la cuota será, por regla general, dinerario y sólo excepcionalmente en especie cuando así lo exijan la totalidad de los socios. Por otra parte, el reparto de la cuota será proporcional al valor de las participaciones, salvo cláusula estatutaria que reconozca privilegios (126). En ese sentido, debe valorarse positivamente la enmienda número 192 del Grupo Socialista, que dispone que la cuota

(124) El art. 121 PLSRL establece una prohibición a los liquidadores en sede de reparto de la cuota de liquidación: no pueden satisfacer cuota alguna "sin la previa satisfacción de los acreedores o la consignación del importe de sus créditos". De haberse procedido al reparto resulta aplicable el art. 124.2 PLSRL, según el cual, "los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa".

(125) Sobre este derecho, *vid.*, MUÑOZ, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*, Valladolid, 1991.

(126) BELTRÁN, "La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada", *cit.*, pág. 887. Sobre los distintos tipos de privilegios, *vid.*, CABANAS/CALAVIA, "Comentario de urgencia del Borrador de Anteproyecto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *cit.*, págs. 440-441.

de liquidación será porporcional a la participación del socio en el capital, “salvo disposición contraria de los estatutos sociales” (127).

Asimismo, el núm. 2 del art. 120 admite que a través de cláusula estatutaria se reconozca en favor de uno o varios socios el derecho a la cuota de liquidación *in natura*, consistente en la restitución de las aportaciones no dinerarias realizadas o en la entrega de determinados bienes sociales. Para ello es necesario, como es lógico, que permanezcan en el patrimonio social y que, además, sean apreciados en su valor real, al tiempo de aprobarse el proyecto de división entre los socios del activo resultante (128). Dada la existencia de dos tipos de cuota, en atención a su contenido dinerario o no, el art. 120.2 PLSRL establece el procedimiento que han de seguir los liquidadores en el caso de adjudicación particular de bienes a determinados socios. Habrán de enajenar, en primer lugar, los demás bienes sociales y en el caso de que, satisfechos todos los créditos sociales (art. 121 PLSRL), el patrimonio resultante fuese insuficiente para satisfacer la cuota de todos los socios, aquéllos que tengan derecho a percibirla en especie deberán pagar con carácter previo a los demás socios la diferencia que corresponda. Una de las deficiencias que, en la tramitación del PLSRL, debería subsanarse es la relativa a la falta de un plazo dentro del cual debe efectuarse dicho pago previo (129).

Este derecho a la cuota de liquidación no se niega al usufructuario (art. 39 PLSRL) ni al acreedor pignoraticio cuando así se estipule en los estatutos de la sociedad (art. 40 PLSRL). En relación al usufructuario, éste podrá reclamar del nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente al incremento de valor de las participacio-

(127) Vid. en “Enmiendas”, *cit.*, pág. 98.

(128) Ha de matizarse, sin embargo, que no hay aquí una autorización para liquidar *in natura*, sino, como decimos, una adjudicación de bienes determinados.

(129) Con acierto, Rojo, “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 54.

nes usufructuadas (art. 39 PLSRL rem. art. 68 LSA) (130).

En todo caso, y aunque no se diga explícitamente (como sería lo oportuno) se podrá proceder al reparto de la cuota, de acuerdo con el proyecto de división del activo que acompaña al balance final, sometidos uno y otro a la aprobación de la Junta general, una vez haya transcurrido el plazo de impugnación del balance final sin que se haya reclamado o, en caso de impugnación, sea ya firme la sentencia que la hubiere resuelto (art. 122.a) PLSRL). En cuanto al plazo concreto en que ha de realizarse la división, a diferencia del art. 232 CódCom, el PLSRL no exige que la Junta general fije un plazo ni concreta un término legal como, por ejemplo, el de noventa días para la reclamación de las cuotas que, sin duda, facilitaría la cancelación de los asientos registrales (art. 276.2 LSA) (131). El PLSRL tan sólo exige que en la escritura pública de extinción de la sociedad conste la “manifestación de los liquidadores de que se ha satisfecho a los socios la cuota resultante de la liquidación o consignado su importe” (art. 122.a) PLSRL). Como hemos señalado, la solución más adecuada sería establecer un procedimiento similar al previsto en el art. 276.2 LSA, de acuerdo con el cual, las cuotas que no se hayan reclamado por los socios en el plazo de noventa días siguientes a la publicación del acuerdo de pago se consignarán en el Banco de España o en la Caja General de Depósitos, a disposición de sus legítimos dueños.

Por último téngase en cuenta que hasta que no se haya iniciado el reparto entre los socios, la sociedad podrá acordar la reactivación de la sociedad (132).

(130) Sobre estos derechos en el PLSRL 1994, *vid.*, FERRE MOLTO, “Derechos sobre participaciones sociales”, en BONARDELL/MEJÍAS/NIETO, *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *ob. cit.*, págs. 433 y sigs., esp. 449 y sigs., y 471 y sigs.

(131) BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 885.

(132) *Vid.*, *supra* 2.7; CABANAS/CALAVIA, “Comentario de urgencia del Borrador del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *cit.*, pág. 439. Sobre los aspectos cualitativos y cuantitativos de la cuota de liquidación, *vid.*, *últ. cit.*, págs. 441 y sigs.

3.7. La cesión global del activo y pasivo como liquidación especial simplificada.

Como es sabido, la cesión global del activo y del pasivo sólo aparece mencionada como operación jurídica en el art. 266 LSA, a cuyo tenor “una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo”. Salvo esta indicación ni la LSA ni la LSRL 1953 se preocupan de regular la cesión global del activo y del pasivo a otra persona jurídica o individual. Pese a los términos literales de la norma la doctrina ha interpretado, a nuestro juicio con acierto, que se trata de una liquidación abreviada o simplificada, pues si bien no serán necesarias las operaciones encaminadas a la liquidación, sí resultará necesario redactar el balance final de liquidación, repartir el precio recibido por la cesión global y proceder a la cancelación de los asientos registrales y depósito de libros y documentos (133).

71

Dada la ausencia de regulación legal de un supuesto de tanta transcendencia práctica, doctrinalmente se ha venido exigiendo una normativa que estableciera los requisitos de la operación y, en especial, un sistema de tutela de socios y acreedores de la sociedad (134). A estas exigencias respon-

(133) Expresamente, RDGRN de 22 de junio de 1988 y de 21 de noviembre de 1989. En doctrina *vid.*, BELTRÁN, *Disolución de la sociedad anónima*, *ob. cit.*, págs. 29-30, y URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, *Disolución y liquidación de la sociedad*, *ob. cit.*, págs. 106-107. En realidad, como indica BELTRÁN, la sociedad liquida su patrimonio a través de la transmisión íntegra y recibe a cambio de ésta un precio que reparte entre los socios. El art. 148 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués de 1986 recoge el supuesto de liquidación por transmisión global, señalando que “1. O contrato de sociedade ou uma deliberação dos sócios pode determinar que todo o património, activo o passivo, da sociedade dissolvida seja transmitido para algum ou alguns sócios, inteirando-se os outros a dinheiro, contando que a transmissão seja precedida de acordo escrito de todos os credores da sociedade. 2. É aplicável o disposto no artigo 147º, nº (relativo a las deudas fiscales y a la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios frente a ellas)”.

(134) En el sentido de que la cesión global del activo y pasivo exige necesariamente el consentimiento de los acreedores sociales por aplicación del art. 1.205 C.c.

den, precisamente, las RRDGRN de 22 de junio de 1988 y de 21 de noviembre de 1989, cuyo contenido, por cierto, ha debido influir en la regulación más completa que recoge el art. 118 PLSRL. Según la DGRN, en los supuestos de cesión global del activo y del pasivo es preciso respetar, por analogía, los mecanismos de tutela previstos para la fusión, consistentes en la publicidad y el derecho de oposición (arts. 242-243 LSA) o el derecho de los acreedores sociales de evitar que, sin su consentimiento liberatorio, se produzcan alteraciones en la titularidad pasiva de sus créditos, en aplicación del art. 1.205 C.c., según el cual, “la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor” (135). En relación a los socios de la cedente, el Centro Directivo señala que no pueden tener menos garantías en la hipótesis de la cesión global del activo y pasivo que en el de la fusión. De ahí que exija, de forma razonable, el reparto de la contraprestación de la cesión entre los socios, añadiendo que “pretender que el derecho de cada socio se transforme sin su voluntad en el simple crédito contra la sociedad cesionaria que asume pagar, con la consiguiente posibilidad de extin-

y analógicamente el art. 145 LSA 1951, *vid.* MENÉNDEZ, “Pérdida del capital social y continuación de la sociedad anónima”, en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor A. Polo*, Madrid, 1981, págs. 493 y sigs., esp. 523.

(135) De especial interés es la RDGRN de 22 de junio de 1988. La sociedad “Transportes y cargas, SA” acordó su disolución, cese de administradores, aprobación del balance cerrado el día anterior al acuerdo y la cesión de todo su activo y pasivo al accionista único de la sociedad, “Puerto Transporte, SA”, sin abrir el período de liquidación por falta de acreedores sociales. El accionista único aceptó la cesión a título universal. La escritura fue rechazada por el Registrador por dos defectos: a) la falta del acuerdo de la Junta general de la sociedad cesionaria con los requisitos y mayorías de la modificación de estatutos y b) el incumplimiento de los requisitos legales de tutela de los acreedores previstos para el procedimiento de fusión. La DGRN que no estimó el primer defecto, sí estimó parcialmente el segundo, en cuanto si fue una efectiva cesión global del patrimonio íntegro de la sociedad disuelta, por analogía debían haberse cumplido las previsiones relativas a la fusión respecto a la publicidad y al derecho de oposición (arts. 134 y 145 LSA 1951/242-243 LSA 1989), respetando el derecho de los acreedores de evitar que, sin su consentimiento, se produzcan alteraciones en la titularidad pasiva de sus créditos (art. 1.205 C.c.).

ción inmediata de la cedente, significa omitir las garantías que la Ley asigna a cada socio en la liquidación del patrimonio y la vulneración del derecho mismo a participar en el reparto del patrimonio social” (136).

La ausencia de una regulación completa de la cesión global del activo y del pasivo, las dudas que suscitaban en la práctica los requisitos que exigía y las tesis de la DGRN, han impulsado al legislador español a aprovechar la reforma de la sociedad de responsabilidad limitada para disciplinar la operación, facilitándola, pero sin dejar de atender a los intereses de socios y acreedores sociales. A dicho fin, el art. 118 PLSRL configura la cesión global del patrimonio como una liquidación simplificada o abreviada, sometida a determinadas condiciones y requisitos para que pueda producir efectos jurídicos. De acuerdo con el precepto señalado, la decisión de la cesión global del activo y del pasivo corresponde a la Junta general de socios y habrá de someterse a los requisitos y la mayoría establecida para la modificación de los estatutos sociales. En relación al contenido del acuerdo, la norma sólo requiere que se fijen “las condiciones de la cesión”. El PLSRL pretende evitar, a nuestro juicio, una cesión global no controlada por los socios, y por ello les corresponde por mayoría cualificada la decisión de realizarla o no y en qué condiciones. Consideramos que la norma es suficiente, aunque, ya en ese extremo, ha recibido alguna crítica en cuanto a la necesidad de reforzar el derecho de información del socio sobre la cesión en bloque proyectada, con anterioridad a la convocatoria de la Junta general que habrá de adoptar la decisión (137).

73

(136) RDGRN de 21 de noviembre de 1989.

(137) Se trata de LÁZARO SÁNCHEZ, “La fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, AC, 32/5, septiembre 1994, págs. 609 y sigs., esp. pág. 620, quien manifiesta que “en el Pf. 1.º se echa en falta la necesidad —previa a la convocatoria de la Junta— de una publicidad suficiente del contenido de la cesión pretendida a fin de que los socios puedan conocer sobradamente los pormenores de la misma y emitan su voto al respecto con pleno conocimiento de causa”. En realidad la idea se recoge del § 361.2

Nada obsta a que el acuerdo de cesión sea simultáneo o posterior al acuerdo de disolución y no existen condicionamientos en cuanto a su contenido; de forma expresa el art. 118.1 PLSRL admite la cesión “a uno o varios socios o terceros”. De ser socio el adquirente, esa condición no ha de influir en el derecho a la cuota de liquidación que le corresponda porque, como ya se ha indicado acertadamente, actúa como un tercero al adquirir por la cesión (138). No obstante, ha de advertirse que no cabe descartar, de entrada, la posible existencia de un conflicto de intereses cuando el cesionario o cesionarios son socios de la sociedad, en cuyo caso habrá de abstenerse de ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones (art. 55 PLSRL) (139).

El acuerdo de cesión se deberá publicar una sola vez en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, indicando la identidad del cesionario o cesionarios. En dicho anuncio ha de hacerse constar explícitamente el derecho de los acreedores de la sociedad cedente y de los acreedores del cesionario o cesionarios a obtener el texto íntegro del acuerdo de cesión (art. 118.2 PLSRL). Junto a este derecho de información de los acreedores, el art. 118.3 reconoce a los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario o cesionarios, el derecho de oponerse a la cesión en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión, solución que nos parece más factible que la de exigir, como hace el

AktG alemana de 1966, a cuyo tenor, “Antes de la convocatoria de la Junta general que decidirá sobre la aprobación, el contrato se expondrá en los locales de la sociedad para su examen por parte de los accionistas. Previa petición se entregará de inmediato, una copia a cada accionista. En la Junta general se deberá presentar el contrato. La Dirección lo explicará al comienzo de la reunión. Se adjuntará como anexo al acta”.

(138) BELTRÁN, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *cit.*, pág. 881.

(139) Con acierto, LÁZARO SÁNCHEZ, “La fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *cit.*, pág. 621.

art. 148.1 CSC 1986 portugués, el consentimiento escrito de todos los acreedores sociales (140). Para el ejercicio de ese derecho de oposición, que también ha de mencionarse expresamente en el anuncio, tienen un plazo de un mes, contado desde la fecha del último anuncio publicado, durante el cual la cesión no podrá realizarse. Esta previsión deja patente que, reconocido el derecho de oposición de los acreedores, no será preciso el consentimiento individual de cada acreedor social (art. 1.205 C.c.), facilitándose, de ese modo, la operatividad de la cesión global del activo y del pasivo.

Asimismo, el art. 118 PLSRL requiere la inscripción de la escritura pública de extinción de la sociedad para que la cesión tenga eficacia, suprimiendo la previsión del ALSRL que, en su art. 120.4 establecía, para el caso de incumplimiento de las exigencias del precepto, que la cesión no afectaría a los derechos de los acreedores que lo fueren al tiempo de la misma y el cesionario o cesionarios responderán solidariamente con la sociedad de las deudas objeto de la cesión. Estos efectos del incumplimiento, se obvian a través de la técnica de no reconocer efectos a la cesión hasta la inscripción de la escritura pública que ha de contener, necesariamente, “la manifestación de la inexistencia de oposición por parte de los acreedores o la identidad de quienes se hubieran opuesto al importe de sus créditos y las garantías que al efecto hubiese prestado el cesionario” (art. 122.b) PLSRL). De acuerdo con lo dicho, se puede concluir señalando que la cesión global del activo y del pasivo precisa, para producir efectos, de la extinción de la sociedad.

75

(140) En el CSC portugués de 1986 se contempla la transmisión global como un tipo especial de liquidación. Así el art. 148 (*Liquidação por transmissao global*), exige para la cesión global del activo y pasivo que la “*transmissao seja precedida de acordo escrito de todos os credores da sociedade*”.

4. La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada

4.1. Consideración general.

76 Ni con la disolución ni con la aprobación del balance final de liquidación y del proyecto de división del activo resultante puede entenderse todavía extinguida la sociedad. Es preciso, según el PLSRL, un requisito ulterior: la cancelación de los asientos registrales de la sociedad, cuya solicitud corresponde a los liquidadores (arts. 122 y 123 PLSRL). Frente al debate doctrinal que la naturaleza de los efectos de la cancelación registral ha producido en los últimos años, el PLSRL parece decantarse por dotar de eficacia constitutiva a dicha cancelación y no simplemente declarativa. De forma patente, el texto del art. 122 PLSRL alude a la “escritura pública de extinción” que ha de ser objeto, tras su otorgamiento, de ulterior inscripción en el Registro Mercantil. Con todo, dotar de eficacia constitutiva a la cancelación no significa que ésta subsane de los defectos en los que se haya podido incurrir a lo largo del proceso de liquidación de la sociedad. Esta hipótesis no es excepcional respecto a lo dispuesto por el art. 20 CódCom, a cuyo tenor “la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes”. Es más, téngase en cuenta que, aun inscrita la escritura de extinción y habiéndose procedido a la cancelación efectiva de los asientos registrales de la sociedad, el PLSRL establece, acogiendo la experiencia comparada, un sistema de tutela de socios y acreedores sociales en relación al activo y pasivo sobrevenido tras la extinción de la sociedad (arts. 124 PLSRL).

4.2. La cancelación de los asientos registrales.

Con la finalidad de cancelar los asientos registrales de la sociedad y producir el efecto extintivo de la sociedad, los liquidadores están obligados a presentar la escritura pública

de extinción de aquélla para su inscripción en el Registro Mercantil (art. 123.1 PLSRL). Con carácter previo, los liquidadores deben otorgar dicha escritura que, de acuerdo con el art. 122. II PLSRL, ha de incorporar necesariamente el balance final de liquidación, la relación de socios y el valor de la cuota de liquidación que ha correspondido a cada uno de ellos (141). Asimismo, en dicha escritura han de constar, al igual que sucede respecto a la anónima (art. 212 RRM), una serie de manifestaciones que aseguran la regularidad formal de la liquidación, consistentes, en primer término, en que ha transcurrido el plazo para la impugnación del acuerdo de aprobación del balance sin que se hayan formulado impugnaciones o que, interpuestas, ya es firme la sentencia que las hubiera resuelto (art. 122.a) PLSRL); en segundo lugar, en que se ha pagado a todos los acreedores o, al menos, se ha consignado el importe de los créditos (142), y que éstos en el supuesto específico de cesión en bloque del patrimonio no se han opuesto a la operación o, en caso contrario, indicar la identidad e importe de los créditos de aquellos acreedores que se hayan opuesto a la operación (art. 122.b) PLSRL); y finalmente, que los liquidadores manifiesten que se han satisfecho a los socios las cuotas que resultan de la liquidación o consignado su importe (art. 122.c) PLSRL).

77

Por último, ha de señalarse que el PLSRL exige que en la inscripción se transcriban el balance final de liquidación, la identidad de los socios, el valor de la cuota de liquidación

(141) Surge la duda de si dicha escritura, en el caso de que sean varios los liquidadores, ha de otorgarse por todos ellos, o por uno sólo facultado para actuar individualmente (por ejemplo, uno de los liquidadores solidarios). Quizás haya razones para exigir la comparecencia de todos ellos, *vid.* CABANAS/CALAVIA, "Comentario de urgencia", *cit.*, pág. 443, pues al recoger la escritura manifestaciones relativas a la terminación de los trabajos de liquidación, parece que ha de hacerse de consuno por todos ellos, cualquiera que haya sido su régimen de actuación hasta entonces, o el carácter de sus facultades representativas.

(142) *Vid.*, sobre este requisito y su necesidad para inscribir la escritura RDGRN de 28 de julio de 1986.

que haya correspondido a cada uno, y se manifiesten que quedan cancelados todos los asientos relativos a la sociedad (art. 123.2). Aunque el PLSRL no señala nada respecto al depósito en el Registro Mercantil de los libros de comercio, correspondencia y justificantes concernientes a su tráfico, a diferencia del art. 278 LSA, consideramos que, en esta materia, ha de aplicarse el art. 212.1.1 RRM.

4.3. Activo y pasivo sobrevenidos.

Con acierto, el PLSRL propone en su art. 124 la reapertura de la liquidación en situaciones de activo y pasivo sobrevenidos. Ha de partirse de la premisa que la cancelación registral, aun teniendo eficacia constitutiva, no surte, sin embargo, efectos sanatorios de las irregularidades de la liquidación de la sociedad en cuanto a la falta de pago de los acreedores o la ausencia de reparto de alguna parte del activo. Cancelados los asientos registrales de la sociedad, no será preciso instar la anulación de la cancelación si aparecen nuevos elementos del activo o del pasivo. La cancelación de los asientos registrales subsiste, aunque se procedería a reabrir el proceso de liquidación.

La solución del art. 124 PLSRL está inspirada del Derecho de sociedades portugués (143), y consiste en establecer un doble mecanismo de garantía tras la extinción de la sociedad, en atención a los intereses de los socios (activo sobrevenido) y de los acreedores (pasivo sobrevenido). De un lado, la aparición de bienes sociales tras la cancelación, permite a los socios requerir a los liquidadores para que

(143) Con mejor sistemática el CSC portugués de 1986, regula la situación de activo y pasivo sobrevenidos. Dedicar, concretamente, el art. 163 a disciplinar el “pasivo superviniente” y el art. 164, el “activo superviniente”. De acuerdo con el primer precepto, cerrada la liquidación y extinguida la sociedad, los antiguos socios responden por el pasivo social no satisfecho o “acautelado”. Admite expresamente que las acciones necesarias para ellos podrán ser propuestas contra la generalidad de los socios, en la persona de los liquidadores, que se consideran representantes legales de aquéllos a este efecto, incluida la citación. Permite la intervención de cualquier socio

éstos les adjudiquen la cuota adicional, “previa conversión de los bienes en dinero cuando fuese necesario”. Como puede resultar que los liquidadores decidan no realizar la adjudicación de la cuota adicional o que no haya liquidadores, el art. 124.1 PLSRL reconoce a cualquier interesado la legitimación para solicitar al juez de primera instancia del último domicilio de la sociedad el nombramiento de una persona que sustituya a los liquidadores en el cumplimiento de sus funciones (144). En cualquier caso y aunque nada se diga, resulta preciso que los liquidadores o la persona nombrada por el juez otorguen la oportuna escritura de rectificación, u otra nueva, con el fin de que en el Registro Mercantil conste la cuantía definitiva de lo recibido por los socios en concepto de liquidación (145). De otro, se establece, en protección de los acreedores sociales, el régimen de la responsabilidad solidaria por las deudas sociales de los antiguos socios, pero limitado a lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa (art. 124.2 PLSRL). Cancelados los asientos, la sociedad se considerará extinguida pero, como decimos, los socios son responsables solidarios de las deudas sociales, de tal modo que los acree-

como “asistente”. Es más, la sentencia que recaiga constituye cosa juzgada para todos los socios (art. 163.1). Satisfechas las deudas sociales, los socios tienen derecho de regreso contra los otros socios con el fin de que se respete la proporción de cada uno en el lucro y en las pérdidas (art. 163.2). Esta función de representante judicial es obligatoria para los liquidadores (art. 163.5) y para el caso de su fallecimiento se prevé que corresponda a los últimos gerentes, administradores o directores, o en caso de muerte de éstos, a los socios por orden decreciente de su participación en el capital de la sociedad (art. 163.5). Por su parte, el art. 164 contiene un texto similar al del PLSRL, de un lado, la existencia de bienes ulteriores a la extinción de la sociedad, exige a los liquidadores la distribución de la cuota adicional en dinero, salvo que se acuerde en especie por acuerdo unánime. También se prevé el supuesto de falta de liquidadores por fallecimiento, aplicándose el mismo procedimiento anterior.

(144) Obsérvese que no cabe que los antiguos socios se autoadjudiquen *pro cuota* los nuevos elementos del activo sobrevenido.

(145) Así, ROJO, “Disolución y liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *cit.*, pág. 55. CABANAS/CALAVIA, “Comentario de urgencia del Borrador del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *cit.*, pág. 444.

dores podrán ejercer directamente su acción contra ellos de acuerdo con los arts. 1.144 y 1.145 C.c.

En atención a nuestra jurisprudencia registral sobre actos jurídicos *post cancelationem*, el art. 124.3 PLSRL autoriza a los antiguos liquidadores para el cumplimiento de los requisitos de forma relativos tanto a actos jurídicos anteriores a la cancelación de los asientos de la sociedad (elevación a público de documentos privados (146), cartas de pago, cancelación de garantías) o de realización necesaria por la concurrencia de una situación de activo (enajenación de nuevos bienes sociales) o pasivo sobrevenidos (147).

De faltar los liquidadores, también se reconoce a cualquier interesado la legitimación para pedir su formalización al juez de primera instancia del domicilio social.

5. Valoración final .

La valoración de conjunto del texto propuesto, salvo cuestiones de detalle (algunas, sin duda, transcendentales), necesariamente ha de ser positiva. El PLSRL, de convertirse en Ley, supondrá una notable mejora del sistema de disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada. Quizá la única crítica profunda deba hacerse en el sentido, de que tal mejora se limita inexplicablemente a esta forma social y no se hace extensiva, como nos parecería lo lógico, a la sociedad anónima, cuya regulación en esta materia dista mucho de ser un modelo de claridad y de rigor técnico.

(146) Es habitual en la práctica, que tras y a pesar de la cancelación de la sociedad, deban todavía elevarse a público documentos privados de compraventa de inmuebles. Como indica Rojo en esos casos los compradores de los inmuebles se encuentran con notables dificultades para acceder su derecho sobre la finca al Registro de la Propiedad. El PLSRL pretende con el art. 124.3 facilitar esas actuaciones, *vid.*, "Disolución y liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", *cit.*, pág. 52.

(147) Así, RRDGRN de 13 y 20 de mayo de 1992, en las que se señalan que aun después de la cancelación persiste todavía la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular; así, SÁNCHEZ PARODI, "La liquidación", *cit.*, pág. 585.

DERECHO CIVIL COMUN DE ESPAÑA Y DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia*

81

SUMARIO: **I.** LA COEXISTENCIA DE DIVERSOS ORDENAMIENTOS DE DERECHO CIVIL EN ESPAÑA DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978. **1.** El planteamiento constitucional de renovación de los derechos civiles forales o especiales. **2.** Comunidades Autónomas en que existe Derecho civil foral o especial. **3.** Comunidades Autónomas en que existe Derecho civil consuetudinario. **4.** La unidad del ordenamiento jurídico español y los ordenamientos autonómicos. **5.** La conversión de las compilaciones en ordenamientos de Derecho civil foral de las Comunidades Autónomas. **II.** LA COMPETENCIA DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL. **1.** Las normas constitucio-

nales. 2. El artículo 149.1.8.^a de la Constitución. 3. Límites de la competencia exclusiva del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil. **III. COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA CONSERVACIÓN, MODIFICACIÓN Y DESARROLLO DE SU DERECHO CIVIL, FORAL O ESPECIAL.** 1. La situación de concurrencia de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas y la competencia exclusiva del Estado. 2. Las normas de los Estatutos de Autonomía. **A. Estatutos de las Comunidades Autónomas en que existe Derecho civil foral o especial.** **B. Estatutos de las Comunidades Autónomas en que existe Derecho civil consuetudinario.** **C. Estatuto de la Comunidad Valenciana.** 3. Ambito y función de la competencia en materia de legislación civil de las Comunidades Autónomas. **A. Interpretaciones posibles del artículo 149.1.8.^a C.E.** **B. Ambito de competencia de las Comunidades Autónomas: “Los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.** **C. Función competencial de las Comunidades Autónomas: “Conservación, modificación y desarrollo”.** 4. Doctrina del Tribunal Constitucional. **IV. MATERIAS RESERVADAS “EN TODO CASO” A LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO.** 1. Las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas. 2. Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio. 3. Ordenación de los registros e instrumentos públicos. 4. Bases de las obligaciones contractuales. 5. Normas para resolver los conflictos de leyes. 6. Determinación de las fuentes del Derecho, con respeto a las normas de Derecho foral o especial. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. La coexistencia de diversos ordenamientos de Derecho civil en España después de la Constitución de 1978

1. El planteamiento constitucional de renovación de los derechos civiles, forales o especiales.

Con la Constitución de 1978 se opera una transformación profunda en la organización jurídica española. Uno de los aspectos más notables del cambio histórico que supone la Constitución de 1978 es la alteración de las premisas del planteamiento que hasta este momento rige la relación entre el Derecho civil común y el Derecho civil propio de los territorios forales. Como datos más significativos de este nuevo planteamiento cabe señalar los siguientes.

a) Se reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española (art. 2 C.E.), y en el ejercicio de este derecho se establece que *“las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autonomía y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título (VIII) y en los respectivos Estatutos”* (art. 143.1 C.E.).

Los Estatutos, dentro de los términos de la Constitución, son la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, que el Estado reconoce y ampara *“como parte integrante de su ordenamiento jurídico”* (art. 147.1 C.E.).

b) Sin mengua de la unidad del ordenamiento jurídico, que excluye categóricamente la federación de Comunidades Autónomas (art. 145.1 C.E.), la Constitución ofrece a determinadas Comunidades Autónomas la posibilidad de renovar su Derecho civil propio mediante el reconocimiento de su potestad legislativa en el orden sustantivo y procesal.

En el plano legislativo, la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas se establece en los artículos 148 y 149 de la Constitución. Este último, al establecer la

competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil deja a salvo, en los términos que más adelante veremos, la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas *en que exista Derecho civil, foral o especial* (art. 149.1, 8.^a, C.E.).

c) La competencia legislativa en materia civil atribuida a las Comunidades Autónomas se completa con la concesión a las mismas de una competencia limitada sobre *legislación procesal*, en razón de *“las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”* (art. 149.1, 6.^a, C.E.). Dentro del orden jurisdiccional del Estado, un Tribunal Superior de Justicia culmina la organización territorial de cada Comunidad Autónoma (art. 152.1 C.E.) y su actuación hace posible la formación de una *jurisprudencia foral* del Derecho civil propio de la respectiva Comunidad (1).

84

2. Comunidades Autónomas en que existe Derecho civil foral o especial.

El significado de la Constitución de 1978 en relación con el hecho de la diversidad legislativa en materia civil existente actualmente en España es de difícil explicación si no se tiene en cuenta la historia de la codificación civil y la de las relaciones entre el Código civil y los Derechos forales hasta la reforma del Título Preliminar del Código en 1974. Durante todo este tiempo la idea rectora de los trabajos sobre el texto del Código y de las numerosas reformas que se han producido a lo largo de su centenaria existencia ha sido la *unificación legislativa*. La importancia de las legislaciones forales ante la realidad del Código civil ha quedado

(1) Sobre la formación de la jurisprudencia foral emanada de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en recursos de casación civil *cfr.* LALAGUNA, E., “Comentario al artículo 1.6 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, T. I, Vol. I, Ed. EDESA, Madrid, 1992, pp. 365-370.

siempre en un segundo plano. Incluso en la etapa de elaboración y promulgación de las primeras Compilaciones de Derecho civil foral o especial no hay vestigio de un empeño de auténtica renovación de los cuerpos legales de Derecho foral. Los hechos más favorables en el panorama de las legislaciones forales se producen con la reforma del Título Preliminar en 1974 al eliminar la nota de indefinida provisionalidad de su vigencia (con la supresión de la fórmula “*por ahora*” del derogado artículo 12 del C.c.) y al afirmar la exigencia de “*pleno respeto*” a los Derechos especiales o forales “*de las provincias o territorios en que están vigentes*” (art. 13.2, C.c.).

La Constitución de 1978 supone, en comparación con el Derecho precedente, un giro radical al reconocer la autonomía legislativa en materia civil de las Comunidades Autónomas en que exista Derecho foral, dentro de los términos del artículo 149.1.8.^a Lo que se manifiesta principalmente en dos aspectos.

En primer lugar, en la atribución de competencia legislativa a las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil, que es, sin duda, el rasgo definidor más claro del abandono de la política de unificación legislativa de las Constituciones precedentes (a salvo el supuesto de la Constitución republicana de 1931).

En segundo lugar (y éste es un aspecto singularmente característico de la Constitución de 1978), en el hecho de que el reconocimiento de la diversidad de regímenes civiles coexistentes en España quede circunscrito a las Comunidades Autónomas en que *exista Derecho foral* al tiempo de promulgarse la Constitución.

Tal es el sentido que tiene la referencia del artículo 149.1.8.^a de la Constitución a la “conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, *allí donde existan*”. A este respecto conviene tener en cuenta la siguiente observación de LACRUZ: “No todas las Comunidades Autónomas podrán tener, ni ahora ni nunca, competen-

cías legislativas sobre un Derecho civil propio. Es ésta la única diferencia que necesaria y definitivamente, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, se mantendrá entre las distintas Comunidades autónomas en el marco de la Constitución de 1978. Diferencia que no se fundamenta en el cauce por el que cada una accedió a su autonomía o a las distintas cotas de autogobierno político que puedan alcanzar, sino en el hecho histórico de la existencia previa, en algunas de ellas, de un Derecho civil foral o especial. Así se deduce del límite constitucional «allí donde existan» (2).

Según esto sólo podrían asumir competencia en materia de legislación civil las Comunidades en que existiera Derecho foral al entrar en vigor la Constitución. Conocida es la controversia acerca de la determinación de las provincias y territorios de Derecho foral (3). En este sentido, aunque todavía hay puntos que suscitan discusión, está fuera de duda que en el ámbito de los Derechos forales se encuentran las Comunidades Autónomas que al entrar en vigor la Constitución contaban con una Compilación de su Derecho civil propio. Concretamente, **Vizcaya y Alava** (Ley de 30 de julio de 1959), **Cataluña** (Ley 40/1960, de 21 de julio), **Baleares** (Ley 5/1961, de 19 de abril), **Galicia** (Ley 147/1963, de 2 de diciembre), **Aragón** (Ley 15/1967, de 8 de abril) y **Navarra** (Ley 1/1973, de 1 de marzo).

Los Estatutos de estas Comunidades han asumido su competencia en materia de legislación civil conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución españo-

(2) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte General del Derecho civil*, vol. I, *Introducción*, ed. revisada por J. DELGADO ECHEVARRÍA, Zaragoza, 1988, pp. 104-105.

(3) Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, I, *Introducción y Parte General*, Vol. I, *Introducción y Derecho de la persona*, 12.^a ed., Barcelona, 1991, pp. 63-80; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T. I, *Introducción y Parte General*, Vol. I, 12.^a ed., revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, J. L., Madrid, 1986, pp. 308-311; DE LOS MOZOS, J. L., *Derecho civil español*, I, *Parte General*, Vol. I, *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, pp. 337-344; PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, 1981, pp. 116-128.

la. Sin embargo, no todas las Comunidades han seguido un procedimiento idéntico en la asunción de competencias.

3. Comunidades Autónomas en que existe Derecho civil consuetudinario.

Hay otras Comunidades Autónomas que ciertamente carecen de Derecho civil foral en el momento de promulgarse la Constitución y que conservan algunas instituciones civiles de Derecho consuetudinario. Los Estatutos de algunas de estas Comunidades han asumido competencias en relación con dichas instituciones en términos que quedan claramente fuera el ámbito del artículo 149.1.8.^a de la Constitución española. Así, en los Estatutos de la Comunidad Autónoma del **Principado de Asturias** (L.O. 7/1981, de 30 de diciembre) se establece: “El Principado de Asturias impulsará la conservación y, en su caso, *Compilación del Derecho consuetudinario asturiano*” (art. 16). En los Estatutos de la Comunidad Autónoma de **Murcia** (L.O. 4/1982, de 9 de junio) se dispone: “La Comunidad Autónoma prestará especial atención al *Derecho consuetudinario* de la Región y protegerá y fomentará las peculiaridades culturales así como el acervo de costumbres y tradiciones populares de la misma, respetando en todo caso las variantes locales y comarcales” (art. 8). Los Estatutos de la Comunidad Autónoma de **Extremadura** (L.O. 1/1983, de 25 de febrero) contienen una previsión semejante: “Corresponderá a la Comunidad Autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su *Derecho consuetudinario* y las culturales, así como el acervo de las costumbres y tradiciones populares de la Región, respetando en todo caso las variantes locales y comarcales” (art. 12).

La existencia de un Derecho civil consuetudinario en estas Comunidades Autónomas no parece que sea por sí sólo título suficiente para atribuirles competencia legislativa en materia civil, conforme a los términos en que viene esta-

blecida la atribución de tal competencia en el artículo 149.1.8.^a C.E., principalmente, como indica ELIZALDE, porque no estamos ante un *Derecho foral o especial* con el significado que tiene esta expresión en la Constitución de 1978 (4).

Caso singular, distinto de los anteriores, es el de los Estatutos de la **Comunidad Valenciana** (L.O. 5/1982, de 1 de julio) en los que se establece: "*La Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano*" (art. 31.2). En este caso es claro, en principio, que la Comunidad Valenciana carece de la necesaria premisa que establece el artículo 149.1.8.^a C.E. como título de atribución de competencia legislativa en materia civil, esto es, la existencia actual de Derecho civil foral. A esta conclusión llega la mayoría de los autores que han tratado el tema con algún detenimiento (5). Sin embargo, no es ahora el momento de entrar en el fondo de la cuestión.

88

4. La unidad del ordenamiento jurídico español y los ordenamientos autonómicos.

La diferencia más notable que existe entre las legislaciones forales anteriores y posteriores a Constitución de 1978 estriba en el hecho de que la Constitución crea una pluralidad de ordenamientos jurídicos con autonomía legislativa que antes no existían. Sin embargo, este hecho, que cambia sin duda el panorama del Derecho civil de las regiones forales al dotar a las Comunidades Autónomas en que exista Derecho foral de fuentes propias de producción normativa, no elimina la vinculación de los ordenamientos forales al ordenamiento del Estado.

(4) ELIZALDE Y AYMERICH, P. de, "El Derecho civil en los Estatutos de autonomía", *Anuario de Derecho civil*, 1984, p. 421.

(5) *Vid.* últimamente, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", *Derecho privado y Constitución*, Núm. 1, 1993, pp. 30-44.

La Constitución de 1978 mantiene la unidad del ordenamiento jurídico del Estado español. Los Estatutos de las Comunidades Autónomas que asuman la competencia legislativa que les pueda corresponder, dentro de los términos que define la Constitución, son reconocidos y amparados por el Estado *“como parte integrante de su ordenamiento jurídico”* (art. 147.1 de la C.E.). Y es este vínculo de pertenencia al ordenamiento estatal lo que determina la necesidad de establecer una clara delimitación entre la legislación civil *común* del Estado y la que es *especial* de las Comunidades en que existe Derecho foral.

Contemplar esta nueva perspectiva de los Derechos forales en un contexto histórico puede contribuir a determinar con precisión el significado de la pluralidad de ordenamientos jurídicos civiles como partes integrantes del ordenamiento jurídico común del Estado.

El tema de la coexistencia entre el Derecho civil común y el propio de las regiones forales nunca se ha llegado a desprender enteramente del antagonismo que subyace en el original planteamiento histórico de la aspiración a la unidad de la legislación civil. Así se manifiesta en la discontinuidad del proceso de la codificación, en el clima de confusión en que se debate la aprobación del Código civil, en la provisionalidad de la vigencia de los Derechos forales hasta la reforma del Título Preliminar del Código en 1974.

El proceso de nuestra codificación civil no sigue el curso de una evolución que va remontando con ritmo natural su altura histórica, sino, más bien, la línea quebrada de una discusión inacabable que a veces se amortigua para que gane realismo el propósito de codificar. Esto se logra en la medida en que cede la radical tensión entre el Derecho de Castilla y el Derecho de las regiones forales, cuando lo que es un problema de primacía absorbente se convierte en una tolerable situación de equilibrio.

Después de la entrada en vigor del Código civil la situación de coexistencia de una pluralidad de legislaciones civi-

les, diversas por su ámbito territorial de aplicación, pero carentes de fuentes propias de producción normativa, experimenta un cambio importante con la reforma del Título Preliminar del Código civil en 1974. Es muy distinta la perspectiva que ofrecen las legislaciones forales en el momento histórico en que se promulgan el antiguo y el nuevo texto del Título Preliminar. En el texto antiguo aparecen como *problema no resuelto*. En el texto vigente aparecen como *dato inalterable* que impone el “pleno respeto” al Derecho foral cristalizado en los textos de las Compilaciones promulgadas hasta 1973 (6).

El hecho de la diversidad legislativa que representan en conjunto las seis Compilaciones que adquieren vigencia entre 1959 y 1973, sin otra posibilidad de renovación que la del poder legislativo del propio Estado que las ha promulgado, se transforma con la Constitución de 1978 en un fenómeno de pluralidad de ordenamientos civiles con poder legislativo autónomo, propio y distinto del poder legislativo del Estado.

Los Derechos forales han perdido hoy su significación histórica como *problema no resuelto* de los proyectos de unificación legislativa, que la Constitución de 1978 abandona, o como *dato de contornos definidos* en el texto de las Compilaciones, que la Constitución de 1978 ha convertido en sistemas jurídicos abiertos a un proceso autonómico de renovación. La diversidad legislativa que representa actualmente la existencia de los Derechos forales se perfila en la Constitución de 1978 como un *rasgo identidad política de la organización jurídica de España* (cfr. arts. 2, 137, 138.1, 143.1, 149.1.8.^a, 149.3, 150.3, entre otros, de la C.E.).

(6) Cfr. LALAGUNA, E., “Valor actual del Código civil como Derecho común”, *Curso monográfico de la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil* (Ciclo de Conferencias organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia), Valencia, 1975, pp. 45-47; PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, 1981, p. 128; VIDAL MARTÍNEZ, J., “Reflexiones en torno al artículo 149.1.8.^a de la Constitución”, *Documentación jurídica*, Núms. 29-32, En.-Dic. 1981, pp. 266-267; DE LOS MOZOS, J. L., *Derecho civil español*, I, *Parte General*, Vol. I, *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, p. 318.

5. La conversión de las compilaciones en ordenamientos de Derecho civil foral de las Comunidades Autónomas.

Es hoy una opinión generalmente admitida que el texto de las *Compilaciones* de Derecho civil vigentes al promulgarse la Constitución no expresa ni agota el total contenido de los Derechos forales. En el “Congreso sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución”, celebrado en Zaragoza en 1981, en la segunda de sus conclusiones, relativa a la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil, se decía lo siguiente: “La competencia legislativa aludida no se restringe en modo alguno a la situación actual de las *Compilaciones* vigentes, lo que sería contradictorio con la idea misma de la legislación: legislar supone innovar. Los Derechos civiles forales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informado por los principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas”.

91

Esto admitido, hay que decir a renglón seguido que las *Compilaciones* constituyen el signo indicativo más claro de la existencia del Derecho foral vigente, que es premisa y punto de partida de la competencia que en materia de legislación civil atribuye la Constitución a las Comunidades Autónomas. Esta idea aparece reflejada en el Preámbulo de la Ley 40/1960, de 21 de julio, por la que se aprueba la *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña* (modificada por Ley 13/1984, de 20 de marzo del Parlamento de Cataluña: Texto refundido de la *Compilación del Derecho civil de Cataluña*, aprobado por Decreto legislativo 1/1984, de 19 de julio). Decía el Preámbulo de la Ley de 1960: “*En lo sucesivo se conocerá cuál sea el Derecho especial de Cataluña con sólo examinar la Compilación*”. Lo que se confirma en la Disposición Final primera, que dice: “Las

normas del Derecho civil especial de Cataluña, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella”.

La actuación legislativa de las Comunidades Autónomas se ha orientado inicialmente, una vez promulgados los respectivos Estatutos, en una doble dirección. Una, encaminada a la necesidad de actualización de las Compilaciones a los principios de la Constitución. Otra, conducente a operar la llamada “*regionalización de las Compilaciones*”. La finalidad que se pretende con esta segunda actividad legislativa es la *conversión* del texto de las Compilaciones, que son leyes de carácter estatal, en normas jurídicas del ordenamiento autonómico.

El fenómeno de *conversión* de las Compilaciones en legislación autonómica está determinado por el tenor de una de las disposiciones transitorias de los respectivos Estatutos de autonomía, en la que se viene a establecer que mientras las Cortes Generales no elaboren las leyes a que cada Estatuto se refiere y el Parlamento de la respectiva Compilación no legisle sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales leyes y disposiciones del Estado que se refieren a dichas materias. Como explica ARCE JANÁRIZ, dado que los Derechos forales están contenidos en las Compilaciones, de modo que constituyen objeto de competencia autonómica y punto central del posible Derecho civil Autonómico, se comprende con facilidad por qué los legisladores autonómicos han utilizado la técnica de regionalización con cierta urgencia. La reforma de las Compilaciones después de la Constitución ofrecía la oportunidad de introducir una previsión por la que se “adopta e integra” en el ordenamiento autonómico respectivo el texto de las Compilaciones estatales. El citado autor indica que mediante este procedimiento se trata de minimizar la acción del Derecho del Estado cuya supletoriedad (en el ámbito de los Derechos forales) se centra en el Código civil (art. 13.2 C.c.) y no en las

Compilaciones, que seguirían siendo Derecho estatal si el legislador autonómico hubiese seguido otro procedimiento distinto. Por otra parte, según el mismo autor, se trataba de evitar, dado el carácter parcial de las reformas efectuadas, que una parte de las Compilaciones (la parte no reformada) fuese Derecho estatal y otra parte (la reformada) fuese Derecho autonómico. Era necesario este acto, pues, habida cuenta del tenor de la disposición transitoria antes apuntada, no puede entenderse que la asunción de competencia por las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil suponga una recepción automática de las Compilaciones en los ordenamientos autonómicos respectivos. De esta manera, concluye ARCE JANÁRIZ, se consigue “la novación de titularidad de los Derechos forales, que se trasladan de la instancia estatal a las instancias autonómicas” (7).

II. La competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil

1. Las normas constitucionales.

Las normas de la Constitución de 1978 relativas a la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil se contienen principalmente en los artículos 149.1.8.^a, 149.3, 148.2 y Disposiciones Adicionales Primera y Segunda.

La norma fundamental de delimitación de competencia legislativa en materia de legislación civil entre el Estado y las Comunidades Autónomas es el artículo 149.1.8.^a C.E. esta norma básica se relaciona muy estrechamente con la del artículo 149.3, que cumple una doble función delimitadora: por una parte, define la *competencia legislativa* en “materias

(7) ARCE JANÁRIZ, A., *Constitución y Derechos civiles forales*, Madrid, 1987, pp. 106-108.

no atribuidas expresamente al Estado” y “que no se hayan asumido por los estatutos de autonomía”; por otra parte, establece la aplicación de las normas del Estado como *derecho preferente*, en caso de *conflicto* con las del Derecho propio de las Comunidades Autónomas, o como *derecho supletorio*, en defecto del Derecho propio de éstas.

La Disposición Adicional Primera, que se refiere en términos de gran generalidad al amparo y respeto de los “*derechos históricos de los territorios forales*” tiene un campo de aplicación limitado. A pesar de la expresión genérica con que se enuncia, se refiere no al ámbito del Derecho civil sino al régimen jurídico público de determinados territorios, como ha declarado el Tribunal Constitucional en varias ocasiones, aunque un sector de la doctrina haya utilizado la referencia a la D. A. 1.^a como argumento de atribución competencial (8).

94 En cuanto a la Disposición Adicional Segunda, se circunscribe en sus aplicaciones a los Derechos Forales que regulan determinadas especialidades de la capacidad de obrar de quienes no han alcanzado la mayoría de edad.

2. El artículo 149.1.8.^a de la Constitución.

Dispone el artículo 149.1.8.^a, de la Constitución lo siguiente:

“1. *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:*

8.^a *Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relati-*

(8) Ultimamente, MALUQUER DE MOTES BERNET, C., “Del artículo 149.1.8.^a de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, *Derecho privado y Constitución*, Año I, Núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 129-130.

vas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas del derecho foral o especial”.

En la doctrina se han prodigado a la redacción de esta norma innumerables defectos: complicada, prolija, retorcida, imprecisa, oscura... (9). Su defectuosa redacción ha provocado numerosos problemas interpretativos. Entre ellos, el más grave, sin duda, es el de si la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas queda circunscrita a la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil dentro de los límites que configuran el contenido actual del respectivo ordenamiento foral al promulgarse la Constitución o si, diversamente, dicha competencia legislativa se extiende más allá de los propios límites del Derecho foral vigente y entra en concurrencia con la competencia legislativa del Estado, excluyendo las materias que en el apartado segundo vienen atribuidas taxativamente al Estado *en todo caso*.

95

El mero planteamiento del problema de deslinde de competencias que se trata de resolver en el artículo 149.1.8.^a encierra una notable dificultad para su correcta enunciación, como se desprende de los diversos esquemas utilizados en la doctrina para tratar de explicar con claridad esta fundamental cuestión de la norma comentada. Parece que la complicada trama gramatical del texto de la norma y, más precisamente su deficiente sintaxis, es la causa principal determinante de las controversias sobre su significado.

En el texto del artículo 149.1.8.^a, considerado en su conjunto, se trata de establecer un reparto de competencias entre el poder legislativo que corresponde al Estado y el que atañe a las Comunidades Autónomas en que existe un

(9) LASARTE, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, pp. 45-46; ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., Madrid, 1987, pp. 67-70; LACRUZ, *Elementos*, I, Vol. I, ed. cit., Barcelona, 1988, p. 108.

Derecho civil propio. Este reparto de competencias aparece planteado con relación a *dos situaciones* de atribución de poder, separadas gramaticalmente en dos apartados. Entre ambos se puede apreciar una diferencia fundamental.

En cada uno de estos apartados se formula una norma competencial. El primero delimita, si bien en términos de gran generalidad, los respectivos ámbitos de competencia exclusiva del Estado y de las Comunidades Autónomas. El segundo, sin establecer una delimitación de espacios normativos, afirma la competencia exclusiva que sobre determinadas materias corresponde al Estado *en todo caso*, con la única excepción, que se apunta en el inciso final, del respecto a las normas forales en la determinación de las fuentes del Derecho.

96

Adviértase que al afirmar el apartado segundo la competencia *exclusiva* que corresponde al Estado en todo caso, se está indicando a la vez el carácter *excluyente* de la competencia estatal en todas las materias que en él se describen, dejando a salvo el respeto a las normas forales en la determinación de las fuentes del Derecho, con lo que se traza de modo explícito un ámbito definido de poder del Estado en el que las Comunidades Autónomas donde existe Derecho foral carecen de competencia (con la salvedad indicada). Conviene dejar apuntado desde ahora que no todas las materias mencionadas en este apartado segundo son en sentido estricto propias específicamente del Derecho civil, ya que algunas (aplicación y eficacia de las normas jurídicas, normas para resolver los conflictos de leyes) se refieren con amplitud a otros sectores del ordenamiento jurídico, de modo semejante a lo que ocurre con las materias situadas dentro del marco sistemático del Título Preliminar del Código civil. En definitiva importa subrayar que este segundo apartado del artículo 149.1.8.^a está destinado a definir una situación competencial, prácticamente dominante, del poder eminente del Estado. Acaso el hecho de tratarse en parte de materias que en principio quedan fuera de los límites

propios del Derecho civil en sentido estricto y, por tanto, fuera del área (netamente civil) de los Derechos forales, podría explicar la separación formal, en sendos apartados, de las dos situaciones de atribución de competencias que se contemplan en el precepto que nos ocupa.

Es en el apartado primero donde se establece la distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas, a las que corresponde la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, y el Estado, al que en principio se atribuye la competencia exclusiva en materia de legislación civil. Ciertamente, como veremos, también la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil es exclusiva (así se afirma en los respectivos Estatutos de Autonomía).

3. Límites de la competencia exclusiva del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil.

97

El punto de partida en cualquier intento de fijación de límites a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil se encuentra en la norma del artículo 149.1.8.^a, en la que se distinguen, como se ha visto, dos apartados de muy distinto significado y alcance.

La afirmación de la *competencia exclusiva del Estado* sobre legislación civil se refiere al párrafo octavo en su integridad y no sólo (como habría que entender según una de las interpretaciones propuestas en la doctrina) al texto del apartado segundo, indicativo de las materias en que el Estado tiene competencia exclusiva *en todo caso*. También con relación a lo establecido en el apartado primero tiene el Estado competencia exclusiva.

Hay, sin embargo, una diferencia de singular importancia entre los dos apartados del párrafo octavo del artículo 149.1 de la C.E.

El apartado segundo contiene un catálogo **definido** de materias reservadas taxativamente a la *competencia exclusiva* del

Estado *en todo caso*, lo que, como es obvio y como se ha puesto de relieve en la doctrina, no significa que “el Estado en el ámbito de la legislación civil sólo tuviese competencia exclusiva en las materias del segundo párrafo [=apartado] del artículo 149.1.8.^a de la C.E., correspondiendo el resto de la legislación civil a las Comunidades Autónomas” (10).

El apartado primero no contiene ninguna referencia a materias reservadas taxativamente a la competencia exclusiva del Estado, por lo que cabe entender que la competencia **exclusiva** del Estado es, en principio, **indefinida**, aunque **no ilimitada**. Precisamente aquí, en este primer apartado, la atribución de competencia exclusiva al Estado en materia de legislación civil se formula reconociendo el **límite** que supone la posible concurrencia, con la competencia exclusiva del Estado, de la competencia, asimismo exclusiva (según los respectivos Estatutos) de las Comunidades Autónomas en que existen (o estén vigentes, según la opinión dominante) Derechos civiles, forales o especiales. Fórmula ésta con la que triunfa el *foralismo* frente al *autonomismo*, adoptado por la Constitución de 1931 (11). El **límite** lo establece la propia norma constitucional al afirmar: “*El Estado tiene **competencia exclusiva** sobre las siguientes materias:*” ...8.^a “*Legislación civil, **sin perjuicio** de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*”.

Lo que aparece como **límite** a la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil **se define** en el texto constitucional por el dato, que necesariamente ha de existir, de la vinculación de las Comunidades Autónomas al hecho de la vigencia actual de un Derecho civil propio.

Si se admitiera que la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil puede ir

(10) ARCE JANÁRIZ, *Constitución y Derechos civiles forales*, Madrid, 1987, pp. 99-100.

(11) *Vid.* las precisiones que formula J. DELGADO ECHEVARRÍA en LACRUZ, *Elementos*, I, Vol. I, Barcelona, 1988, p. 104.

más allá de lo que es “*conservación, modificación o desarrollo*” del Derecho civil propio o, con otras palabras, si se entendiera que la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas con Derecho foral competencia para *legislar fuera del espacio normativo de su propio Derecho civil*, esto es, en un *ámbito no foral*, y que en este mismo ámbito esa competencia legislativa se niega a las Comunidades Autónomas que carecen de Derecho civil propio, se llegaría a una evidente contradicción. En lo que no es Derecho foral todas las Comunidades Autónomas comparten una común situación de carencia de poder para legislar en materia civil.

La contraposición entre *autonomismo* (Constitución de 1931) y *foralismo* (Constitución de 1978), invocada con frecuencia para explicar que la vigente Constitución se decantó por el foralismo, perdería su sentido y su virtualidad si se pretendiera que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio pueden legislar no sólo dentro del *ámbito normativo foral*, al que está vinculado el reconocimiento de su competencia legislativa, sino también en el *ámbito normativo no foral*, donde impera de modo omnicompreensivo para todas las Comunidades Autónomas la legislación civil común del Estado. En este contexto se puede llamar *común* a la legislación civil del Estado porque su aplicación se extiende a todas las Comunidades Autónomas, tanto a las que tienen Derecho civil foral como a las que carecen de él: a) a las *no forales* porque carecen de la necesaria premisa para el reconocimiento de competencia legislativa en materia de Derecho civil; b) a las *forales* por la razón de que la competencia que ostentan para legislar en materia de Derecho civil se les ha conferido por la Constitución de 1978 para la conservación, modificación y desarrollo de *su Derecho civil propio*, no para legislar sobre *otras* materias civiles (*no forales*), que son tan extrañas a ellas como lo son al resto de las Comunidades Autónomas, y cuya regulación, por ser obra de la competencia exclusiva del Estado, sin el límite de la foralidad que impone el artícu-

lo 149.1.8.^a, forma parte de la *legislación civil común de España*.

Es claro que la reserva de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho Foral constituye un *límite* a la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil, precisamente en cuanto esta competencia exclusiva es en principio indefinida (art.149.1.8.^a ap. primero, C.E.). Este *límite* es a la vez el confín propio de las Comunidades Autónomas en la configuración del respectivo ordenamiento civil. Las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia civil no son competentes para legislar fuera del espacio del propio ordenamiento foral, al que está radicalmente vinculado por la Constitución el reconocimiento de su potestad legislativa.

100

En la línea de lo hasta aquí expuesto se ha dicho: “Hay competencia sobre Derecho civil en algunas Comunidades autónomas y no en todas, porque en las primeras, previamente, hay un Derecho civil foral o especial, con las características que en cada caso tenga. Si este dato histórico es la razón de esta excepcional diferenciación constitucional entre Comunidades, tal razón no puede darse de lado al interpretar el sentido y límites de la competencia legislativa atribuida” (12).

Con referencia al contrasentido, antes apuntado, que supondría admitir la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas más allá del ámbito foral, con olvido de la opción foralista de nuestra Constitución, ha escrito recientemente BERCOVITZ: “No cabe asumir el foralismo para determinar qué Comunidades Autónomas pueden tener competencia en legislación civil, para luego apuntarse al autonomismo a partir de ese momento, a la hora de precisar las características y los límites de esa competencia”. Seguida-

(12) LACRUZ, *Elementos*, I, Vol. I, *cit.*, ed. revisada y adicionada por J. DELGADO ECHEVARRÍA, Barcelona, 1988, p. 110.

mente el citado autor formula estas dos observaciones: a) “La opción foralista implica que las Comunidades Autónomas que hayan adoptado competencia para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil, foral o especial, pueden hacerlo allí donde exista, en la medida en que exista, y en la medida en que responda a una actualización del mismo acorde con sus principios generales inspiradores. Fuera de esos límites carecería de toda justificación el trato diferenciado que la Constitución concede a las Comunidades Autónomas en las que existe Derecho civil, foral o especial, frente a aquellas en las que no existe, y que, por consiguiente, no pueden asumir competencia alguna sobre la legislación civil”; b) “La opción foralista de nuestra Constitución es la que explica pues que el desarrollo de esos Derechos civiles, forales o especiales, por los respectivos legisladores autonómicos, *no pueda ser ilimitado*, en todo lo no comprendido por la segunda frase del artículo 149.1.8.^a C.E., sino condicionado por su propia extensión previa” (13).

101

III. Competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil, foral o especial

1. La situación de concurrencia de la competencia exclusiva de las Comunidades Autonómicas y la competencia exclusiva del Estado.

La atribución de competencia a las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil se establece dentro del mismo texto de la norma en que se afirma por principio el postulado general de la competencia exclusiva del Estado en todas las materias que le confiere la Constitución.

(13) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, *Derecho privado y Constitución*, 1993, Núm. 1, pp. 63-64.

La competencia exclusiva que en materia de legislación civil otorga genéricamente al Estado el párrafo octavo del artículo 149.1 C.E. puede ser **concurrente** con la que se atribuye a las Comunidades Autónomas en el apartado primero, o **excluyente** de cualquier otra competencia si se trata de las materias enunciadas en el apartado segundo, reservadas al Estado *“en todo caso”*, con dos excepciones: a) “bases de las obligaciones contractuales”, cuyo desarrollo puede corresponder a las Comunidades Autónomas; b) “determinación de las fuentes del Derecho”, cuya atribución al Estado deja a salvo el “respeto a las normas de derecho foral o especial”.

102

En la situación de **conurrencia** a que se refiere el apartado primero, la competencia exclusiva atribuida con expresión genérica al Estado se establece **“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”**. Según esto, la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil viene determinada por la conjunción de dos términos de referencia: a) el **ámbito** o espacio del ordenamiento jurídico al que se ha de orientar la potestad normativa de la Comunidad competente, acotado por la referencia a *“los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*; b) la **función** consistente en el ejercicio de una actividad legislativa, que se ha de dirigir a la *“conservación, modificación y desarrollo”* del Derecho civil propio.

Conforme al artículo 147.1.d C.E. *“los Estatutos de autonomía deberán contener: ... d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución”*. Las competencias sobre materias que puedan corresponder a las Comunidades Autónomas y que no hayan sido asumidas en los respectivos Estatutos corresponderán al Estado. En este sentido, el artículo 149.3 C.E. dispone: *“Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus*

respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”.

En la asunción de competencias en materia de legislación civil los diversos Estatutos de autonomía han acogido literalmente la fórmula empleada por el artículo 149.1.8.^a de la Constitución en lo que atañe a la **función** competencial (*conservación, modificación y desarrollo*). Diversamente, en lo que concierne a la definición del **ámbito** (*derechos civiles, forales o especiales*), los Estatutos han optado por una formulación diferente.

En lo que respecta al **ámbito** competencial en materia de legislación civil se puede apreciar que los términos empleados para definir este **ámbito** en los Estatutos de las Comunidades con Derecho civil, foral o especial, son muy distintos de los utilizados en los Estatutos de aquellas otras Comunidades en que existe un Derecho civil consuetudinario.

103

2. Las normas de los Estatutos de Autonomía.

A. Estatutos de las Comunidades Autónomas en que existe Derecho civil foral o especial.

Las normas estatutarias relativas a la competencia en materia de legislación civil de las Comunidades Autónomas con Derecho civil, foral o especial, vigente al entrar en vigor la Constitución son las siguientes.

Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV)

“La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: ... 5. Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los territorios históricos

que integran el País Vasco y la fijación del ámbito temporal de su vigencia” (art. 10.5) (14).

Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC)

“La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 2. Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán” (art. 9.2) (15).

Estatuto de Autonomía de Galicia (EAG) (EAG)

“En el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias: ... 4. Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil gallego” (art. 27.4) (16).

Estatuto de Autonomía de Aragón (EAA)

104 *“Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en las siguientes materias: ... Cuarto. La conservación, modificación y desarrollo del derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del procesal civil derivado de las peculiaridades de su derecho sustantivo” (art. 35.1) (17).*

Ley Orgánica de integración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA)

“1. Navarra tiene competencia exclusiva en materia de derecho civil foral.

2. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del derecho civil foral o fuero nuevo de

(14) Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

(15) Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña.

(16) Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia.

(17) Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón.

Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral" (art. 48) (18).

Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares (EAB)

"Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: ... 22. Conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma" (art. 10.22) (19).

B. Estatutos de las Comunidades en que existe Derecho civil consuetudinario.

Hay otras Comunidades Autónomas, a las que me he referido al tratar del planteamiento constitucional de renovación de los derechos forales, que carecen de Derecho civil propio en el momento de entrar en vigor la Constitución y que, sin embargo, conservan algunas instituciones civiles de Derecho consuetudinario. Los Estatutos de algunas de estas Comunidades Autónomas han asumido competencias con una formulación que queda fuera del marco del artículo 149.1.8.^a C.E. Así, en particular, los Estatutos de las Comunidades Autónomas del Principado de Asturias, de Murcia y de Extremadura (20).

A juicio de AROZAMENA las referencias que hace el artículo 149.1.8.^a al Derecho civil, foral o especial, "permite comprender bajo su rúbrica al derecho consuetudinario in-

105

(18) Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra. Vid. NAGORE YARNOZ, J., "Fueros navarros y Estatutos de Autonomía", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. I, Madrid, 1988, pp. 489-525, donde se expone con rigor y claridad la radical diferencia que existe entre el Régimen Foral Navarro y los Estatutos de Autonomía.

(19) Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares.

(20) Entiende ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., p. 42, con referencia al Fuero de Baylio, que "reconocida su definición foral, se justifica la previsión del artículo 12 del Estatuto de Extremadura", aunque, añade más adelante, "la presencia en Extremadura de una costumbre jurídico-civil singular carece de la fuerza motriz de un Derecho foral civil que se proyecta sobre diversas áreas normativas".

cluso en aquellas regiones que al promulgarse la Constitución no se incluían entre las forales, como es el caso de Valencia. También el derecho consuetudinario con vigencia actual se comprende bajo la fórmula permisiva de una disponibilidad competencial autonómica, para desde áreas legislativas propiciar su conservación, modificación y desarrollo. No se trata, en el caso de Valencia, de restablecer un derecho histórico de pérdida de vigencia; se trata de un derecho consuetudinario con vigencia actual” (21).

En distinto sentido, entienden otros autores que las previsiones estatutarias de las Comunidades que cuentan con instituciones de Derecho civil consuetudinario “no amplían el elenco de derechos civiles, forales o especiales” (LACRUZ, DELGADO) o, con otras palabras, que el Derecho consuetudinario no es Derecho foral o especial en el sentido empleado por la Constitución de 1978 (ELIZALDE, ARCE) (22).

C. *Estatuto de la Comunidad Valenciana.*

Los Estatutos de la Comunidad Valenciana (L.O. 5/1982, de 1 de julio) constituyen un caso singular. El artículo 31.2 dispone: “*La Generalidad valenciana tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 2. Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil valenciano*”. Ciertamente, como quedó apuntado, la Comunidad Valenciana carece de la necesaria premisa que establece el artículo 149.1.8.ª C.E. como título de atribución de competencia legislativa en materia civil, por cuanto carece de derecho civil propio, foral o especial, al entrar en vigor la Constitución.

Como indica BERCOVITZ, “la consecuencia lógica de semejante situación debería haber sido una declaración de in-

(21) AROZAMENA SIERRA, J., “Competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil: el artículo 149.1.8.ª de la Constitución”, *Actualidad civil*, Núm. 35, 1988, p. 2186.

(22) LACRUZ, *Elementos*, I, Vol. I, ed. cit. revisada por DELGADO, p. 106; ELIZALDE, “El Derecho civil en los Estatutos”, cit., p. 421; ARCE, *Constitución*, cit., pp. 40-46.

constitucionalidad de la Ley 6/1986 de la Generalidad valenciana, sobre arrendamientos históricos, por imposibilidad de aplicar el artículo 149.1.8.^a a la mencionada Comunidad...” (23).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia 121/1992, de 28 de septiembre (B.O.E. de 29 de octubre de 1992) admite la competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de legislación civil en base al artículo 149.1.8.^a C.E. y al artículo 31.2 de los Estatutos de Autonomía de esta Comunidad. La sentencia, en el Primero de sus Fundamentos jurídicos cita el apartado primero del artículo 149.1.8.^a C.E. y afirma lo siguiente: “El amplio enunciado de esta última salvedad (“Derechos civiles forales o especiales”) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos Derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular en este punto las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los estatutos respectivos. Este entendimiento amplio del precepto consuetudinario es el que quedó plasmado, por lo demás, en el art. 31.2. del EACV, pues la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad en orden a la “conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano” no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cual-

(23) BERCOVITZ, “La conservación, modificación...”, cit., *Derecho privado y Constitución*, 1993, Núm. 1, pp. 36 y ss.

quier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común". Y con estos presupuestos críticos el Tribunal Constitucional declara seguidamente lo siguiente: "Sin perjuicio de las observaciones y matizaciones que después se harán, no es, pues, dudoso que la Generalidad valenciana ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa, como queda dicho, de lo prevenido en el citado art. 149.1.8 de la Constitución y que se configura en el art. 31.2 del EACV, precepto, éste último, cuya virtualidad competencial ha de ser entendido, por lo demás, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/1982, de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal".

El Tribunal Constitucional declara, por una parte, la inconstitucionalidad del artículo 2, párrafo segundo, y del inciso final del artículo 3.2 de la Ley recurrida, y, por otra parte, declara la constitucionalidad del artículo 9 y de la Disposición Transitoria. De la sentencia fue ponente el Exmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. Formularon voto particular los Excmos. Sres. D. Carlos de la Vega Benayas y D. José Gabaldón López. Este último funda su discrepancia en varias razones, de las que cabe destacar aquí las siguientes: "La competencia autonómica para «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil foral o especial (art. 149.1.8.^a de la Constitución), no tiene, en la Comunidad Valenciana, otro objeto que los arrendamientos históricos a los que la Ley impugnada se refiere; es decir, un derecho precisamente civil y consuetudinario respecto del cual la citada Ley ha operado una mutilación en el sistema de fuentes. A partir de su reconocimiento por la Administración autonómica, los arrendamientos que han persistido exclusivamente como costumbre, seguramente de varios alcances, formas y contenido diferentes, van a estar regidos por unos preceptos legales que, además, reducirán toda aquella posible variedad a una normati-

va rígida y uniforme pero ahora con rango y fuerza de Ley, regulando aspectos sustanciales, desde su duración (que se declara indefinida) hasta el derecho sucesorio; convirtiendo así una institución de origen consuetudinario contractual en una normativa legal, seguramente reductora, que extravasa el alcance del precepto constitucional citado al introducir un derecho formulado por la Ley en una Comunidad donde existe solamente un derecho consuetudinario, lo cual dista de la conservación, modificación o desarrollo del Derecho existente" (24).

3. Ambito y función de la competencia en materia de legislación civil de las Comunidades Autónomas.

A. Interpretaciones posibles del artículo 149.1.8.^a C.E.

La discusión sobre el **ámbito** (espacio normativo) y la **función** (actividad legislativa) de la competencia otorgada a las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil se ha venido desarrollando entre dos interpretaciones posibles del artículo 149.1.8.^a C.E.

109

Según una primera interpretación, la competencia del legislador autonómico se circunscribe al **ámbito** del Derecho civil foral o especial de la respectiva Comunidad, de suerte que por muy amplia que sea la **función** legislativa que se le reconozca, ésta tendrá su punto de partida y su término de referencia en las materias reguladas por el propio ordenamiento vigente en el momento de promulgarse la Constitución. El principal argumento de esta interpretación se funda en los propios términos del apartado primero de la norma constitucional que, al afirmar la competencia exclusi-

(24) Sobre esta sentencia y, en particular, sobre la significación del voto particular del Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas *vid.* las observaciones de M.^a P., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las «bases de las obligaciones contractuales»", *Derecho privado y Constitución*, 1993, Núm. 1, pp. 170-173.

va del Estado en materia de legislación civil, confiere a las Comunidades Autónomas la potestad normativa de conservación, modificación y desarrollo de “*los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*”. Como dice AROZAMENA, es esta materia (y no toda la legislación civil) la que pueden atraer a su ámbito competencial las Comunidades Autónomas (25). Más adelante me refiero a la relatividad del planteamiento seguido en esta primera corriente interpretativa, pero desde ahora conviene dejar apuntado que no se trata de confinar la potestad del legislador autonómico dentro de los límites del Derecho civil preexistente a la entrada en vigor de la Constitución, ya que esto pugnaría con la posibilidad de modificación y desarrollo del ordenamiento foral propio. La preexistencia del Derecho civil propio sólo se puede considerar como un seguro punto de partida que responde a la exigencia constitucional de dotar de competencia legislativa a las Comunidades Autónomas sobre los respectivos derechos civiles forales “*allí donde existan*”.

En otra dirección, se propugna la competencia de las Comunidades Autónomas sobre su Derecho civil propio sin otro límite que el impuesto por la competencia exclusiva que “*en todo caso*” corresponde al Estado sobre las materias enunciadas en el apartado segundo de la norma constitucional. En esta línea de interpretación se afirma en la obra de LACRUZ, en la edición revisada por DELGADO, lo siguiente: “Al menos para los Derechos forales que corresponden a antiguas entidades políticas independientes, cuyos ordenamientos jurídicos, por tanto, eran plenos y sin límites externos, no hay más límites constitucionales claramente definidos en cuanto a las materias que podrán abordar —dentro del Derecho civil— que las reservadas «en todo caso» al Estado en la segunda parte del art. 149.1.8.” (26).

(25) AROZAMENA, “Competencia de las Comunidades...”, *cit.*, p. 2186.

(26) LACRUZ, *Elementos*, I, Vol. I, ed. *cit.* revisada por Delgado, p. 110.

En mi opinión, es en el apartado primero donde se define la atribución de competencia a las Comunidades Autónomas como **límite** o **excepción** a la competencia exclusiva conferida en términos genéricos al Estado. En este apartado primero se formula, como quedó expuesto, la atribución de una competencia en principio **indefinida** a favor del Estado en materia de legislación civil, *sin perjuicio* de la competencia reconocida a las Comunidades Autónomas, **limitada** por razón de la materia al ámbito de los derechos civiles forales o especiales.

La reserva que se hace en el apartado segundo del art. 149.1.8.^a C.E. a favor de la competencia exclusiva del Estado sobre las materias en el mismo indicadas constituye ciertamente un límite a la competencia de las Comunidades Autónomas, pero la reserva competencial no parece ir directamente encaminada a limitar la competencia de las Comunidades Autónomas sino, más bien, a subrayar el carácter **excluyente** de la competencia del Estado después de haber establecido en el apartado primero una situación de **concurrencia** de la competencia del Estado con las competencias autonómicas. El único límite a la competencia del Estado establecido en consideración precisamente de la legislación autonómica es el que se formula en el inciso final con la afirmación de “respeto a las normas de derecho foral o especial” en la determinación de las fuentes del Derecho.

Introducir el argumento *a contrario* en el apartado segundo, entendiendo que en él se contienen los únicos límites a la competencia de las Comunidades Autónomas, es de dudosa corrección lógica. Principalmente, por dos motivos. En primer lugar, porque los límites a la competencia de las Comunidades Autónomas están definidos en términos generales en el apartado primero al acotar como campo de ejercicio de su función legislativa (*conservación, modificación y desarrollo*) un determinado ámbito del ordenamiento jurídico del Estado (*los derechos civiles, forales o especiales, allí*

donde existan). En segundo lugar, porque en el apartado segundo no se contempla la competencia de las Comunidades Autónomas sino la competencia exclusiva del Estado, a la que se dedica en toda su extensión (ocioso parece decirlo) el artículo 149.1 C.E. Por ello entiendo que la reserva competencial del apartado segundo no se ha redactado con miras precisamente a limitar la competencia de las Comunidades Autónomas.

112 Lo cierto es que el constituyente consideró el párrafo octavo del artículo 149.1 C.E., que incluye la *legislación civil* en el catálogo de las materias que son competencia exclusiva del Estado, como sede adecuada para otorgar competencia a las Comunidades Autónomas sobre los derechos civiles, forales o especiales. Este encuadramiento (asistemático, como se ha dicho en la doctrina) de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas, como un enclave en el espacio normativo de la competencia exclusiva del Estado, es probablemente una de las causas determinantes de la discusión, abierta todavía, sobre el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil.

En favor de la segunda línea de interpretación expuesta se ha utilizado el argumento de que entre las materias enumeradas en el apartado segundo, cuya competencia se atribuye al Estado en todo caso, hay algunas, como las formas de matrimonio o la ordenación de los Registros e instrumentos públicos, que nunca han sido objeto de regulación en los derechos forales, lo que lleva a entender que de no existir la reserva del apartado segundo a favor del Estado esas materias hubieran podido ser objeto de competencia de la legislación civil autonómica, y siguiendo este punto de vista se llega a la conclusión de que la competencia de las Comunidades Autónomas no está limitada por razón de la materia en el apartado primero.

El argumento que se acaba de apuntar no parece consistente. La fórmula utilizada en el apartado segundo del

art. 149.1.8.^a C.E. se puede atribuir, como, por hipótesis apunta BERCOVITZ, al hecho de haberse conservado en la redacción del Anteproyecto de Constitución un planteamiento autonomista similar al de la Constitución de 1931 (27). Por otra parte, como advierte ARCE JANÁRIZ, la hipótesis de una posible ampliación del ámbito de competencia de las Comunidades Autónomas “*supone limitar asimismo la competencia del Estado a las materias del segundo párrafo del artículo 149.1.8.º de la C.E., obviando el dato de que este precepto comienza reservando al Estado la legislación civil*”. La interpretación ahora examinada entendería la previsión constitucional como si, en relación a las Comunidades Autónomas competentes en materia civil, el Estado en el ámbito de la legislación civil sólo tuviese competencia exclusiva en las materias del segundo párrafo del artículo 149.1.8.º de la C.E., correspondiendo el resto de la legislación civil a las Comunidades Autónomas...” (28). De tal suerte, se invierte la relación entre Derecho estatal y Derechos autonómicos, atribuyendo a éstos el carácter preferente que corresponde a aquél.

113

B. Ambito de competencia de las Comunidades Autónomas: “*Los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*”.

El ámbito de competencia en materia de legislación civil que, según la primera de las interpretaciones anteriormente expuestas, se reconoce a las Comunidades Autónomas en la Constitución viene determinado por el sentido de la expresión “*derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*”.

La expresión “Derecho foral” se ha venido utilizando tradicionalmente como antónima de la expresión “Derecho

(27) BERCOVITZ, *La conservación...*, cit., pp. 65.

(28) ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., pp. 99-100.

civil común” (29). Después la Constitución de 1978 se discute si la expresión “Derecho foral” responde en el actual ordenamiento español a su tradicional significado. Cualquiera que sea la opinión que sobre este punto se mantenga, y a lo que ahora importa, es indiscutible que la referencia a los “Derechos forales” en el artículo 149.1.8.^a de la C.E. tiene una precisa finalidad. En el contexto de la norma constitucional esa referencia a los “Derechos forales” cumple una doble función. De un lado, sirve de criterio para determinar qué Comunidades Autónomas poseen un Derecho civil propio a la entrada en vigor de la Constitución y pueden, por tanto, asumir una competencia legislativa en el ámbito del Derecho civil. De otro, delimita el contenido propio de esa competencia.

114

Entre quienes entienden que la competencia del legislador autonómico en materia civil tiene como punto de partida y término de referencia el ámbito o contenido de los Derechos civiles forales no existe un común punto de vista acerca de la extensión y amplitud de ese ámbito. La diversidad de opiniones viene en cierta medida determinada por la distancia de tiempo que media entre el momento en que se analiza la cuestión del ámbito de la competencia autonómica y el momento en que se promulga la Constitución. Es muy distinto el panorama que ofrecen los Derechos forales contemplados en la precisa circunstancia histórica en que adquiere vigencia la Constitución y el que se puede contemplar después de transcurridos varios años desde su promulgación o en el momento actual.

En 1980 escribe LASARTE: “la Constitución atribuye una relativa competencia respecto de la legislación civil exclu-

(29) Sobre esto *cfr.* LASARTE, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, p. 104, nota 1. En otro lugar indica este autor: “Con la Constitución en la mano, no sólo no desaparece el Derecho foral, sino que su propia existencia es el criterio material de competencia respecto de la legislación civil a ciertas Comunidades Autónomas y, en consecuencia, la propia organización constitucional ... resalta la pervivencia de aquél” (p. 101).

sivamente a aquellas Comunidades Autónomas que, en el momento de publicación de la Constitución, se estuvieron rigiendo ya en ciertas materias ... por un conjunto de normas forales o especiales (que, de acuerdo con lo referido, *se encuentran en las respectivas Compilaciones*)". El mismo autor afirma más adelante: "Propugnar, por consiguiente, que el desarrollo de los Derechos forales no ha de atender a su estado actual, *a los supuestos institucionales regulados en las Compilaciones* ... entiendo que supone una alteración gravemente perturbadora del propio precepto constitucional, en cuanto manipulación del planteamiento historicista en que se asienta la misma Constitución" (30). Recientemente el mismo autor, al exponer las diversas interpretaciones del texto constitucional que comentamos, se refiere a la postura de aquellos civilistas que "entienden que los límites a la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales vendrían representados por el *contenido normativo de las respectivas Compilaciones en el momento de aprobarse la Constitución*"; pero el autor no se identifica con esta postura sino con esta otra: "El límite constitucional del desarrollo del Derecho civil foral ha de identificarse con las instituciones características y propias de los territorios forales que, tradicionalmente, han sido reguladas de forma distinta por el Derecho común y por los Derechos forales" (31).

115

VIDAL MARTÍNEZ, en un documentado estudio publicado en 1981, dice: "A nuestro juicio ... se ha aprovechado el favorable momento en que, culminado el proceso compilador, los Derechos civiles, forales o especiales, quedaron de algún modo «cristalizados». Es a esos *Derechos civiles, forales o especiales, compilados*, a los que se está refiriendo la Constitución básicamente". La misma idea, más precisamen-

(30) LASARTE, C., *Autonomías*, cit., pp. 101-102 y 106 (Subrayado por mí).

(31) LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, I, Parte General y Derecho de la persona, Madrid, 1992, p. 56 (Subrayado por mí).

te, se expone en otro lugar del mismo trabajo: “La competencia de las Comunidades Autónomas en orden a la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, queda pues así, al menos en nuestra opinión, delimitada objetivamente. *Son las normas e instituciones de Derecho civil contenidas en las Compilaciones*, amén del llamado Fuero de Baylío, *lo que en su caso podrá ser objeto de conservación, modificación y desarrollo ...*”. Y más adelante, puntualiza: “A nuestro entender, las Comunidades Autónomas podrán, en su caso, *desarrollar la normativa contenida en las Compilaciones*, en la línea de los principios que informan su respectivo Derecho civil” (32).

ARCE JANÁRIZ expone el estado actual de la doctrina en 1987 sobre la cuestión que tratamos, y dice lo siguiente: “La primera de las interpretaciones apuntadas, *que limita la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas al contenido de las Compilaciones*, cuenta a su favor con una apreciable coherencia con el planteamiento que parece estar en la base del artículo 149.1.8.º de la C.E.: puesto que éste no abrió la vía de una posible intervención en materia civil de todas las Comunidades Autónomas, sino tan sólo de aquéllas en las que exista Derecho civil, foral o especial, y puesto que para determinar la existencia de los mismos *las Compilaciones son el índice más seguro, ésta y no otra cosa son el objeto de conservación, modificación y desarrollo ...*”. Recuerda este autor el origen de la introducción del calificativo “especiales” con que se adicionó la locución “derechos civiles, forales”, y se refiere a la enmienda *in voce* del diputado del GP comunista Solé Tura al número 8 del artículo 141 del texto de la Constitución elaborado por la Ponencia, utilizando como fundamento en su enmienda el siguiente argumento: “Si se citan sólo los forales, como dice ahora el texto, se utiliza de hecho un criterio restrictivo,

(32) VIDAL MARTÍNEZ, J., “Reflexiones en torno al artículo 149.1.8 de la Constitución”, *Documentación Jurídica*, 1981, Núms. 29-32, pp. 283-285 (Subrayado por mí).

puesto que si aceptamos que las Comunidades Autónomas van a tener en su nivel de desarrollo superior una legislación propia, hay que decir esto, para que no parezca que esta legislación puede reducirse al *desarrollo de las actuales legislaciones forales*". Y seguidamente explica ARCE en qué sentido la enmienda propuesta es favorable a la segunda de las interpretaciones expuestas anteriormente sobre el alcance del apartado segundo del art. 149.1.8.^a C.E.: "Que prospere esta enmienda y no el Voto Particular al Anteproyecto formulado por el GP de Alianza Popular, en el que se proponía atribuir al Estado competencia exclusiva en materia de «Derecho civil, sin perjuicio de las partes incluidas en las *Compilaciones forales*», puede resultar significativo desde el punto de vista de los límites materiales de las competencias autonómicas. La enmienda defendida por Solé Tura pretendía cambiar el rumbo originario del texto constitucional, tanto a nivel de atribución, como a nivel de contenido. Mediante la introducción del calificativo «especiales» se procuraba limar las fricciones terminológicas que acaso surgiesen en el momento en que, a causa de su modificación y desarrollo, los Derechos forales fuesen abandonando paulatinamente el sentido primigenio de su misma foralidad. Pero, al propio tiempo, la enmienda deja ver una previsión de futuro: que en el ejercicio de sus competencias *las Comunidades Autónomas pudiesen apartarse de las limitaciones impuestas por el contenido actual de las Compilaciones*" (33).

117

En el conjunto de opiniones hasta aquí expuestas se refleja con claridad la orientación doctrinal que tiende a identificar los ordenamientos forales con las respectivas *Compilaciones de Derecho civil especial*, consideradas como regulación de un conjunto de instituciones aisladas carente de la interna coherencia sistemática propia de un ordenamiento.

(33) ARCE JANÁRIZ, *Constitución, cit.*, Madrid, 1987, pp. 97-98, 102-103 (Subrayado por mí).

En este punto me parece conveniente hacer una breve digresión. Sin duda, nunca ha existido una exacta correspondencia entre los Derechos forales y sus respectivas Compilaciones, ni se pueden reducir aquéllos a la versión textual de las normas compiladas. Pero la idea de que las Compilaciones elaboradas entre 1959 a 1973 son obras legislativas, de exiguuo valor, que no reflejan el Derecho civil foral vigente en el momento de su promulgación es, en mi opinión, una idea errada. Antes de la Constitución se pudo resaltar el valor de algunas de las Compilaciones forales como cuerpos legislativos en cierto sentido comparables, en su respectivo ámbito de aplicación, al Código civil. Después de la reforma del Título Preliminar del Código tuve ocasión, y convicción fundada para ello, de escribir lo que sigue: "El Código civil no se puede presentar, en rigor, con la condición de Derecho común en las regiones forales. Porque éstas tienen su propio Derecho civil, plasmado en una Compilación que, en el respectivo ámbito territorial, es su Derecho común. Un Derecho que, siguiendo una pauta metodológica muy semejante a la seguida para la elaboración del Código, se ha decantado y vertido en unos textos que integran **un sistema jurídico**, conformado por las fuentes propias de cada territorio y vertebrado por principios jurídicos a veces muy diferentes a los del Código civil" (34). Decía esto en 1975. Así las cosas, considerar las Compilaciones forales en 1978 como *punto de partida* (no de llegada) para delimitar la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil no deja de ser, en principio, un criterio estimable.

No obstante lo dicho, ante una visión distorsionada de los Derechos forales, considerados como un tosco mosaico

(34) Cfr. LALAGUNA, E., *Valor actual del Código civil como Derecho común* (Conferencia pronunciada el día 23 de enero de 1975 en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia), *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil*, Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1975, p. 68; también en *Documentación Jurídica*, 1974, Núm. 4, p. 161.

de normas yuxtapuestas sobre instituciones aisladas, se comprende la inquietud manifestada por algunos en el “Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución” (Zaragoza, 1981) y, en particular, la segunda de las Conclusiones aprobadas, que dice: “La competencia legislativa aludida (de las Comunidades Autónomas) no se restringe en modo alguno a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar. Los Derechos civiles forales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informado por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas”.

La sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo, a la que será conveniente referirse por extenso más adelante, establece con precisión y claridad que el ámbito del Derecho civil propio (Aragón) no se circunscribe al contenido de la Compilación vigente al entrar en vigor la Constitución. Por varias razones esta sentencia puede calificarse de fundamental. Si en sí misma considerada es importante, lo es en mayor grado al haberse acogido literalmente su doctrina poco tiempo después en la sentencia 156/1993, de 6 de mayo (Balears). Son dos los aspectos en los que ahora importa centrar la atención.

a) En primer lugar, el Tribunal Constitucional rechaza en esta sentencia (con dos votos particulares en contra) la interpretación *a contrario sensu* del apartado segundo del art. 149.1.8.^a C.E., propuesta por un sector de la doctrina científica, y declara no poder compartir el argumento según el cual la reserva “en todo caso” al Estado por el art. 149.1.8.^a supone (*a contrario*) la permisión de competencia legislativa a las Comunidades Autónomas en todo el campo no cubierto por dicha reserva (F.J. 1.º d, párrafo 2.º), por

lo que, en consonancia con esta premisa, se excluye que las Comunidades Autónomas tengan una competencia legislativa **ilimitada** *ratione materiae* (F.J. 3.º, párrafo 3.º).

b) En segundo lugar, dentro de los límites que impone el planteamiento apuntado, la sentencia delimita el ámbito competencial propio de las Comunidades Autónomas con una formulación de gran amplitud, de la que son exponente las siguientes proposiciones:

1) El problema central que el recurso plantea es el de la constitucionalidad de una ordenación por la Comunidad Autónoma de Aragón de un instituto (el de la adopción) que no aparecía regulado en la Compilación preconstitucional de su peculiar Derecho civil ni en el texto de la Compilación adoptada e integrada en el ordenamiento jurídico aragonés por la Ley 3/1985, de 22 de mayo, del Parlamento de Aragón.

120 2) La norma del art. 149.1.8.^a permite la integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y *otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento* (F.J. 2.º).

3) Puede hacer también viable, junto a ello, *la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial* (cita la STC 121/1992, F.J. 1.º) (F.J. 2.º).

4) La Constitución permite ... que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto ... de una acción legislativa *que haga posible su crecimiento orgánico* y reconoce, de este modo, *no sólo la historicidad y la actual vigencia sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales* (F.J. 3.º).

5) El término “allí donde existan” a que se refiere el art. 149.1.8.^a C.E., al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse *más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas* (F.J. 3.º).

6) La noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de *ámbitos hasta entonces no norma-*

dos por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación” (F.J. 3.º).

7) El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia una competencia autonómica en la materia que *no debe vincularse rigidamente al contenido actual* de la Compilación u otras normas de su ordenamiento (F.J. 3.º).

8) Cabe que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen *instituciones conexas* con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta *según los principios informadores peculiares del Derecho foral* (F.J. 3.º).

Concebido con esta amplitud el **ámbito** competencial de las Comunidades Autónomas, cabe entender que es posible legislar sobre materias hasta entonces no reguladas por el Derecho foral vigente al promulgarse la Constitución, incluso aunque se trate de materias ya reguladas por el Derecho civil común (así, STC 156/1993, de 6 de mayo), si bien la STC 88/1993 deja completamente claro que esa competencia legislativa no es ilimitada ya que su ejercicio ha de guiarse por dos ideas rectoras: a) la necesidad de renovación del Derecho civil propio, como respuesta adecuada a la realidad social hacia la que se orienta la actividad legislativa (la necesidad de renovación implica, como veremos, que la exigencia de *conservación* no actúe como freno al proyecto de *modificación* o *desarrollo*); b) la vinculación de las materias reguladas con el Derecho civil propio, en coherencia con “los principios informadores peculiares del Derecho foral” (F.J. 3.º, párr. 2.º, *in fine*).

121

C. Función competencial de las Comunidades Autónomas: “Conservación, modificación y desarrollo”.

La función que conlleva la competencia de las Comunidades Autónomas se traduce en el ejercicio de una actividad legislativa consistente en la *conservación, modificación y*

desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan.

Como se vio, los mismos términos utilizados en el art. 149.1.8.^a C.E. para describir la **función** legislativa de las Comunidades Autónomas han sido acogidos, sin excepción, en las normas estatutarias de aquellas Comunidades en que existe Derecho civil foral o especial. También, en los Estatutos de la Comunidad Valenciana, en la que, si bien no existe Derecho civil foral al entrar en vigor la Constitución, existe un Derecho civil consuetudinario (*vid.* STC 121/1992, de 28 de septiembre y las consideraciones que sobre la misma se han hecho anteriormente).

122

La referencia a la función legislativa de las Comunidades Autónomas tal como se enuncia en el art. 149.1.8.^a C.E. sirve de argumento básico a la interpretación que sitúa el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en el apartado primero de la norma constitucional. La Constitución de 1978 no ha seguido la tesis autonomista que inspira la Constitución de 1931 sino la tesis foralista, conforme a la cual sólo son competentes en materia de legislación civil aquellas Comunidades Autónomas en que está vigente el Derecho civil, foral o especial, al promulgarse la Constitución. Y si para determinar la existencia de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, las Compilaciones son, como indica ARCE JANÁRIZ, “el índice más seguro”, ésta y no otra cosa es el objeto de conservación, modificación y desarrollo.

Los mismos términos que sirven para describir la **función** legislativa de las Comunidades Autónomas se pueden convertir en argumento favorable a la interpretación del art. 149.1.8.^a C.E. que sólo reconoce como límite a la competencia de las Comunidades Autónomas el conjunto de materias reservadas al Estado “en todo caso”. De tal suerte, se ha venido a relativizar el argumento basado en la referencia a la *conservación, modificación y desarrollo* en el apartado primero de la norma constitucional. En este senti-

do, el autor antes citado dice lo siguiente: "La propia Constitución no sólo habla de conservar sino que se refiere también a la modificación y el desarrollo, y de aquí a innovar no hay más que un paso: el del tiempo. Esto no significa que la Constitución y los Estatutos no arranquen de los Derechos civiles, forales o especiales, tal cual existen en la actualidad, concretada ésta en el momento de entrada en vigor de la norma fundamental, pero nada impide que, aun cuando en su primera andadura la legislación civil autonómica mantenga conexión con ellos, se renueve con el paso del tiempo y se amplíe, ampliación que sólo tendría un techo seguro: la competencia exclusiva del Estado" (35). Cuando esto se escribe, en 1987, no se ha pronunciado todavía el Tribunal Constitucional con la firmeza y claridad que lo ha hecho en sentencias recientes, como las citadas anteriormente (88/1993, de 12 de marzo, y 156/1993, de 6 de mayo).

123

4. Doctrina del Tribunal Constitucional.

La sentencias del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo (36) y 156/1993, de 6 de mayo (37), a las que anteriormente se ha hecho referencia, contienen una serie de consideraciones de notable importancia sobre el alcance de la competencia de las Comunidades Autónomas en la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil, foral o especial. La singular importancia de estas dos sentencias, que han merecido especial atención en la doctrina

(35) ARCE JANÁRIZ, *Constitución, cit.*, Madrid, 1987, p. 104.

(36) *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 90 (Jueves, 15 de abril de 1993) Suplemento. Recurso de inconstitucionalidad Núm. 1392/1988. Ponente: Excmo. Sr. D. Alvaro Rodríguez Bereijo, quien expresa el parecer del Tribunal. Formulan votos particulares los Magistrados Excmos. Sres. D. Carles Viver Pi-Sunyer y D. Julio Diego González Campos.

(37) *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 127 (Viernes, 28 de mayo de 1993). Suplemento. Recurso de inconstitucionalidad 2401/1990. Ponente: Excmo. Sr. Don Vicente Gimeno Sendra.

científica (38), reside, principalmente, en la interpretación que ofrecen sobre el art. 149.1.8.^a C.E. y, en particular, sobre el sentido de los términos *conservación*, *modificación* y *desarrollo*, de los Derechos civiles, forales o especiales. A este respecto afirma COCA PAYERAS que el interés de las mencionadas sentencias viene dado por constituir “*el único cuerpo de doctrina constitucional*” sobre el alcance de los términos *conservación*, *modificación* y *desarrollo* por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, utilizados en el art. 149.1.8.^a C.E., ya que “en resoluciones anteriores el T.C. había interpretado este precepto pero únicamente en lo atinente al sentido de lo que sea la *legislación civil* (SSTC 85/1984, 37/1987, 227/1988, 17/1990, 62/1991, 149/1991, 121/1992 y 182/1992), y a las materias civiles que en todo caso quedan reservadas a la competencia del Estado” (39).

124

La sentencia 88/1993, dictada por el pleno del T.C., resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Abogacía del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, contra la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza. El Tribunal precisa que el juicio de constitucionalidad se ha de realizar estrictamente a partir de lo dispuesto en los arts 149.1.8 C.E. y 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, y que el problema que se ha de resolver es sólo si la Ley enjuiciada puede considerarse o no resultado de un correcto ejercicio de la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo

(38) BERCOVITZ, “La conservación”, *cit.*, *Derecho Privado y Constitución*, 1993, Núm. 1, pp. 53-61; COCA PAYERAS, M., “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 88, 156 y 226 de 1993)”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, Núm. 2, pp. 435-442; ZABALO ESCUDERO, M.^a E., “Notas a la sentencia del TC (Pleno) 88/1993, de 12 de marzo”, *Revista española de Derecho internacional*, XLV (1993), 2, pp. 528-534.

(39) COCA PAYERAS, *Conservación*, *cit.*, 1994, p. 436. El autor menciona otras sentencias del T.C. sobre materias “en todo caso” reservadas al Estado, tema del que trato más adelante.

del Derecho civil de Aragón (F.J. segundo, párrafos 1.º y 2.º). El fallo es favorable a la constitucionalidad de la Ley, con las discrepancias que se formulan en los votos particulares de los Magistrados D. Carles Viver Pi-Sunyer y D. Julio Diego González Campos.

Como aspectos más relevantes de la doctrina constitucional contenida en los Fundamentos de Derecho de esta sentencia cabe señalar los siguientes.

Primero. El régimen constitucional de la foralidad civil se contempla exclusivamente en el art. 149.1.8.^a y en la Disposición Adicional Segunda C.E., sin que la Disposición Adicional Primera pueda considerarse como título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos, reiterando aquí la doctrina de las SSTC 123/1984, 94/1985 y 76/1988 (40).

(40) Del Fundamento Jurídico 1, b, párr. 1.º, de la STC 88/1993: "El recurso se promueve con invocación de la exclusiva competencia estatal en orden a la 'legislación civil', según dispone el art. 149.1.8 C.E. Esta es la norma que, a decir de la Abogacía del Estado, habría resultado contrariada por la Ley que se impugna, cuya regulación no sería reconocible como válido ejercicio de la correlativa competencia autonómica que, con fundamento también en el art. 149.1.8, atribuye el Estatuto de Autonomía de Aragón (E.A.A., en adelante), para la 'conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés' (art. 35.1.4). Unas y otras reglas, constitucionales y estatutarias, son las que aquí han de ser canon de validez de las impugnadas, sin que a tales efectos resulte pertinente —en contra de lo argüido por la Diputación General de Aragón— la consideración de lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución en orden al amparo y respeto de los 'derechos históricos de los territorios forales' y a la actualización general de tal régimen, en su caso, 'en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía'. Ni esta previsión, ni la que se contiene en la Disposición adicional quinta del E.A.A., han de ser tomadas ahora en consideración, no ya sólo porque los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos (SSTC 123/1984, fundamento jurídico 3.º, 94/1985, fundamento jurídico 6.º, y 76/1988, fundamento jurídico 4.º) sino, sobre todo y en primer lugar, porque el sentido de la Disposición adicional primera C.E. no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado, exclusivamente, en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda C.E.), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento posconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron [*singularización*, dice la versión del B.O.E.] a determinadas partes del territorio de la Nación."

Segundo. La reserva que, sobre las materias indicadas en el apartado segundo del art. 149.1.8 C.E., se establece a favor del Estado *en todo caso*, no se puede considerar como norma que deslinde los respectivos ámbitos de competencia atribuidos al Estado y a las Comunidades Autónomas. Así, se declara en el Fundamento Jurídico 1, b, párrafos 2.º y 3.º, lo siguiente:

“Ya en el ámbito de lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E. es aún necesario realizar otra puntualización a propósito de determinado argumento expuesto por las representaciones de la Comunidad Autónoma, según el cual la reserva «en todo caso» el Estado, por aquel precepto, de determinadas regulaciones vendría a suponer, *a contrario*, la permisión para las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias para el «desarrollo» del Derecho civil, foral o especial, en todo el campo no cubierto por aquellas específicas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir al ámbito regulado, cuando entró en vigor la Constitución, por el respectivo Derecho civil. Esta interpretación de lo dispuesto en el art. 149.1.8 no puede ser, sin embargo, compartida por el Tribunal.”

“El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil», introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su «conservación, modificación y desarrollo». Son estos los conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar —como después haremos— la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el Legislador autonómico. La ulterior reserva al Estado, por el mismo art. 149.1.8, de determinadas regula-

ciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél —vale reiterar— la Constitución le atribuye ya la «legislación civil», sin más posible excepción que la «conservación, modificación y desarrollo» autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de ésta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del Legislador estatal no es otro, pues, que el delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.”

127

Tercero. Acerca del significado del término **conservación**, que emplea el apartado primero del art. 149.1.8 C.E., se afirma en el Fundamento Jurídico 2, párrafo 3.º:

“Que no estamos ante un supuesto de «conservación» de aquel Derecho es cosa bien patente. El concepto constitucional de «conservación... de los derechos civiles, forales o especiales» permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1.º), pero ninguna de estas operaciones normativas es aquí reconocible. La integración de la Compilación del Derecho civil de Aragón en el ordenamiento de la Comunidad Autónoma la llevó ya a cabo la Ley de Cortes aragonesas 3/1985, antes citadas, y en cuanto a la conversión en Ley de un hipotético Derecho consuetudinario no cabe sino constatar que la Ley 3/1988 ni pretende, en su

Exposición de Motivos, justificarse así ni ha sido defendida con esos argumentos, pues no cabe tener por tales, desde luego las referencias que en las alegaciones se han heho, con estas u otras palabras al «Derecho... aragonés de tiempos remotos». Lo que la Constitución permite es la «conservación», esto es el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de la dispuesto en el art. 149.1.8 C.E.”

Cuarto. Sobre el significado del término **modificación** declara la sentencia en el Fundamento Jurídico 2, párrafo 4.º:

128 “Tampoco la Ley impugnada puede considerarse como «modificadora» del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos, y ello pese a que la propia Ley se presente, en su título, como norma que «modifica el art. 19.1 de la Compilación», precepto éste, sin embargo, vacío de contenido hasta la adopción del presente texto legal. Un mayor pormenor exige, sin embargo, la determinación de si esta Ley puede ser considerada como «desarrollo» de aquel Derecho propio.”

Quinto. La sentencia formula una serie de precisiones terminológicas y de conexiones sistemáticas en torno a la noción de **desarrollo** en un contexto constitucional y autonómico. Con tales precisiones, la palabra **desarrollo** adquiere una significación de gran amplitud y flexibilidad, inédita hasta ahora en la doctrina constitucional. Así, se puede leer en el Fundamento Jurídico tercero, párrafos 1.º a 3.º, lo siguiente:

“El concepto constitucional (art. 149.1.8) y estatutario (art. 35.1.4 E.A.A.) de «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece —según indicamos en el fundamento jurídico 1.º— aquel

precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Este crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 C.E.) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término «allí donde existan» a que se refiere el art. 149.1.8 C.E., al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

129

Sin duda la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rigidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ili-

mitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar.”

La sentencia 88/1993, cuyos principales fundamentos de Derecho acabo de exponer, se ha dictado por mayoría del Pleno del T.C. Se han formulado dos votos particulares con los que se propugna, con argumentaciones diferentes, la tesis, mantenida principalmente por significados cultivadores del Derecho civil de Cataluña, de que la competencia de las Comunidades Autónomas se extiende a todo el Derecho civil con excepción de las materias reservadas “en todo caso” al Estado por el apartado segundo del art. 149.1.8 (que no son, ciertamente, como he venido manteniendo, las únicas que corresponden al Estado con carácter exclusivo).

130

Este punto de vista se expone con toda claridad por el Magistrado Viver Pi-Sunyer en el siguiente pasaje de su voto particular: “... La concepción de la que parte la mayoría que sustenta la Sentencia continúa perpetuando la configuración del Derecho civil del Estado como Derecho común o general y los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas como Derechos especiales, formados por normas e institutos aislados y asistemáticos. A mi juicio esta concepción tiene menores apoyos en los textos constitucional y estatutario que la que defendí en el Pleno y que de forma muy sintética puede resumirse así: La competencia autonómica sobre el Derecho Civil aragonés se extiende a toda la materia del Derecho civil, con excepción de los ámbitos materiales que el art. 149.1.8 de la C.E. reserva al Estado de forma explícita” (41).

Las razones en que se apoya este voto particular son conocidas, por lo que no es necesario entrar aquí en su aná-

(41) *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 90 (Suplemento), de 15 de abril de 1993, p. 71.

lisis. Me remito a los argumentos en contra expuestos a lo largo de este estudio y, en particular, a las consecuencias a que conduce el *planteamiento foralista* acogido en definitiva en nuestra Constitución de 1978, después de haberse descartado en la Ponencia del Congreso la inspiración autonomista, admitida inicialmente en el proceso de elaboración del texto constitucional. En contra asimismo de este voto particular se encuentra la sólida tesis, que comparto sustancialmente, expuesta en términos de gran claridad, de R. BERCOVITZ en su Ponencia al Primer Congreso de Derecho Vasco (San Sebastián, 1982) sobre “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil” (42).

Otro pasaje del mismo voto particular merece una más atenta consideración. Dice así: “La Sentencia concibe el art. 149.1.8 como simple «garantía de la foralidad a través de la autonomía política», es decir, como garantía de la capacidad de conservación, modificación y desarrollo únicamente del Derecho preexistente, que queda así configurado, como ya he apuntado más arriba, como un Derecho especial, más o menos residual, más o menos sistematizado, pero en todo caso enmarcado dentro de un Derecho común o general. Esta concepción encaja mal con una Constitución que rompe abiertamente con la tendencia seguida durante los dos últimos siglos —con la excepción del período republicano— según la cual el reconocimiento de los Derechos forales era provisional, ya que el objetivo único era la unidad (*nulidad* dice la versión del BOE) del Derecho Civil, para consagrar solemnemente el pluralismo legislativo en esta materia, fruto de la autonomía política...” (43). Sobre este punto me parecen procedentes dos observaciones. En

131

(42) Resume BERCOVITZ su tesis en doce presupuestos que, desde su punto de vista, considera “indispensables para una interpretación correcta del artículo 149.1.8” (págs. 36-39 de la Ponencia en la versión del autor remitida para la publicación de los trabajos del Congreso, citada en la Bibliografía).

(43) *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 90 (Suplemento), de 15 de abril de 1993, p. 71.

primer lugar: con la variedad de precisiones y riqueza de matices con que se expone en el texto de la sentencia comentada la noción de “desarrollo”, no parece que se pueda confinar tal noción a la mínima expresión de que el “desarrollo” “*se predica únicamente del Derecho preexistente*”. En segundo lugar, la significación del Derecho civil foral como un “Derecho especial”, más o menos residual, *etc.*..., pero en todo caso enmarcado dentro de un Derecho común o general, no guarda correspondencia con la noción hoy ampliamente aceptada en la doctrina española de Derecho civil, ni es incompatible con el “pluralismo legislativo”. Hay aquí, probablemente, una confusión de planos, a la que, en verdad, no es ajena una parte de la doctrina y alguna jurisprudencia (compárese, por ejemplo, con referencia a los arts. 2 y 50 del Código de comercio, la conocida sentencia del TS de 28 de junio de 1968 con la más reciente de 16 de febrero de 1987). Se distinguen usualmente en la doctrina las dos principales acepciones de la expresión “Derecho común”, como antónima de la de “Derecho foral” (uno y otro con un definido ámbito de aplicación territorial), y como indicativa de una cualidad propia del Derecho civil que le confiere su función de *ius commune*, cualidad que se reconoce tanto al Derecho civil general del Estado como al Derecho civil especial de los territorios forales.

El segundo voto particular lo formula el Magistrado D. Julio Diego González Campos. No cabe tratar aquí de las varias y lúcidas consideraciones contenidas en este voto particular, coincidente con el fallo desestimatorio del recurso y con algunos de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Me limitaré a una referencia sobre dos aspectos que, a mi entender, encierran gran interés.

El primero de estos aspectos se refiere al tema central sobre el que versa la discrepancia, circunscrita a los fundamentos jurídicos que se refieren a la competencia sobre el “desarrollo” del Derecho Civil de Aragón por obra del legislador autonómico. En el apartado tres se afirma: “Si

bien el posible «desarrollo» del Derecho Civil propio constituye una competencia autonómica que «no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento» —lo que comparto—, no estimo justificado constitucionalmente que se exija, como hace la Sentencia, una conexión necesaria entre el contenido de las nuevas normas que adopte el legislador autonómico y el ya existente en el ordenamiento civil. Esto es, que las normas del legislador autonómico «regulen instituciones conexas con las ya reguladas». Y seguidamente precisa: “Este criterio de proximidad en los contenidos entre el nuevo Derecho civil y el ya existente no va acompañado de otras precisiones y, por tanto, aun poseyendo una evidente flexibilidad, deja abiertas no pocas interrogantes. Entre ellas, si la proximidad de la materia regulada con la legislación de desarrollo del Derecho Civil debe ser inmediata o también puede ser más remota” (44). A esta interrogante responde BERCOVITZ con las siguientes observaciones: “Es cierto que el concepto de *conexión* resulta indeterminado, tal y como se señala en uno de los dos votos particulares, empezando por la necesidad de saber si dicha conexión ha de ser inmediata o puede ser remota o mediata. Evidentemente la conexión deberá ser inmediata, so pena de carecer de todo sentido esta exigencia o requisito, tal y como se pone de relieve con el ejemplo utilizado en el mencionado voto particular. Ahora bien, a partir del momento en que se prescinde de las dos tesis expresamente rechazadas por el Tribunal es inevitable admitir una solución con un amplio margen de indeterminación, que deberá irse determinando a través de ejemplos o casos concretos [a través más precisamente, diría yo, de las decisiones del T.C., intérprete supremo de la Constitución]. En efecto, la tesis según la cual el desarrollo sólo puede producirse respecto a instituciones

(44) *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 90 (Suplemento), de 15 de abril de 1993, p. 72.

o materias ya reguladas establece límites determinados. Lo mismo ocurre con la tesis según la cual el desarrollo puede producirse con respecto a cualesquiera instituciones o materias, salvo las enumeradas en la segunda parte del artículo 149.1.8 C.E. Abandonados esos dos extremos, una cierta indeterminación —ya lo he dicho— parece inevitable. Pues bien, el único sentido que cabe atribuir a la exigencia de la conexión entre la regulación anterior y la nueva, del legislador autonómico, como factor (uno de los tres factores: conexión, acorde con los principios generales, actualización) de limitación de ese desarrollo del Derecho Civil propio es el de que esa conexión sea inmediata y, además *sea con las materias o instituciones reguladas en el momento de la promulgación de la Constitución, y no con otras reguladas posteriormente, ya al amparo del artículo 149.1.8 C.E.*” (45). Esta última observación, que pongo en cursiva, encierra, a mi modo de ver, una exigencia de límites no bien definidos y de inseguros resultados, si se admite que el natural dinamismo del propio sistema jurídico, sin cambios bruscos en su línea de continuidad, puede conducir a un grado de renovación del Derecho civil propio tan alejado del momento en que inicia su expansión (Constitución de 1978) que no guarde una conexión apreciable con alguna determinada materia o institución de las que integran el sistema en su estado original. Y a esto habría que añadir el factor de las alteraciones que, con inadvertencia del legislador, se producen por efecto de la interacción de las normas del *sistema* al introducirse modificaciones en la obra legislativa.

Hay un segundo aspecto del voto discrepante del Magistrado D. Julio Diego González Campos que, por su notable importancia, merece ser comentado. Se contiene en el último apartado (núm. 5) y dice así: “En suma, la competencia de la Comunidad Autónoma respecto a su Derecho Civil

(45) BERCOVITZ, “La conservación”, *cit.*, *Derecho privado y Constitución*, 1993, Núm. 1, pp. 59-60.

propio viene definida en la Constitución precisamente por la posibilidad de su «desarrollo». Y si ninguna otra limitación de este ámbito material de los Derechos civiles, forales o especiales, se desprende expresamente del tenor del art. 149.1.8 C.E. o de los Estatutos de Autonomía, no parece justificado, a mi parecer, ampararse en la idea de una «garantía de la singularidad civil» para reducir el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en esta materia” (46). Aquí la discrepancia tiene que ver no ya sólo con la Sentencia sino también con una amplia corriente de opinión, en la que me incluyo. Páginas atrás he calificado la competencia exclusiva del Estado como **indefinida**, aunque **no ilimitada**, porque la Constitución la confiere “*sin perjuicio*” de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles forales (ap. primero del art. 149.1.8 C.E.). La competencia de las Comunidades Autónomas está **limitada** por la competencia exclusiva del Estado, pero no sólo en las materias que “en todo caso” le atribuye el apartado segundo del art. 149.1.8 C.E. Y, además, está **definida *ab origine***, por la radical vinculación de su **función** al **ámbito** del Derecho civil propio (compilado o no), que es el título de atribución de competencia legislativa que la Constitución ha tenido en cuenta para otorgarla.

La Sentencia 156/1993 reitera la doctrina contenida en los Fundamentos Jurídicos antes transcritos de la Sentencia 88/1993. El singular interés de esta segunda Sentencia reside no sólo en el hecho de que se confirme la doctrina de la Sentencia 88/1993, sino, más precisamente, en el hecho de que, procediendo también la nueva Sentencia del Pleno del T.C., no se hayan formulado votos discrepantes.

Esta segunda Sentencia, 156/1993, de 6 de mayo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Go-

(46) *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 90 (Suplemento), Jueves 15 de abril de 1993, p. 73.

bierno de la Nación contra el artículo único del texto refundido de la *Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares*, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear, en la medida en que da redacción a los artículos 2, párr. 1.º, y 52 de dicha *Compilación*. El T.C. decide en el fallo: “*Primero: Estima en parte el recurso y declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del inciso «y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil» del art. 2, párrafo primero, de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, según la redacción dada al mismo por el artículo único del citado Decreto Legislativo (47). Segundo: Desestimar, en lo demás, el recurso de inconstitucionalidad*”, con lo que se reconoce la constitucionalidad del artículo 52 de esta *Compilación*, que excluye la necesidad de testigos en los testamentos, con excepción de los casos que el precepto menciona.

Hay una fundamental coincidencia entre la doctrina de esta segunda Sentencia con la contenida en los Fundamentos Jurídicos anteriormente transcritos de la Sentencia 88/1993.

La Sentencia 156/1993 dice en el Fundamento Jurídico primero, párrafo 3.º, lo siguiente: “Uno y otro de los preceptos objeto del recurso plantean, desde luego, problemas específicos, pero ello no es obstáculo para que hagamos aquí, respecto de ambos, un sucinto recordatorio de la doctrina constitucional relativa a la articulación de competencias, en orden a la legislación civil, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tal como se recoge muy particularmente en la reciente STC 88/1993”. Y a continuación se

(47) El artículo 2.º de la *Compilación de Derecho civil de Baleares*, según redacción del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, dispone: “Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas.

La vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regirán por el Código civil y demás disposiciones de aplicación general”.

reproducen sustancialmente en su literalidad, con mínimas diferencias gramaticales y alguna ligera variante terminológica, los Fundamentos Jurídicos de la citada Sentencia. El Fundamento Jurídico *primero*, **b**, párrafo 3.º, de la Sentencia 88/1993 se acoge textualmente en el Fundamento Jurídico *primero*, **a**, de la Sentencia 156/1993. Y el Fundamento Jurídico *tercero*, párrafos 1.º y 2.º de la Sentencia 88/1993 se reproduce en el Fundamento Jurídico *primero*, **b**, párrafos 1.º y 2.º de la Sentencia 156/1993.

Lo más significativo de la Sentencia 156/1993 es, como apunté antes, que con referencia a la misma hayan guardado silencio los Magistrados que formularon voto particular discrepante con relación a la Sentencia 88/1993, conteniéndose en aquélla la misma doctrina constitucional que en ésta. Parece ganar así firmeza en la doctrina del Tribunal Constitucional la interpretación del art. 149.1.8 C.E. que he venido manteniendo como mejor fundada.

137

IV. Materias reservadas “en todo caso” a la competencia exclusiva del Estado

1. Las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

Entre las competencias que el artículo 149.1.8 C.E. reserva al Estado “en todo caso” figuran, en primer lugar, “*las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas*”. Esta formulación guarda un claro paralelismo con la del artículo 13.1 del Código civil, que establece la “*aplicación general y directa en toda España*” de las disposiciones del Título preliminar “*en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación*”.

El alcance que se puede dar a esta expresión del art. 13.1 del C.c. viene determinado por la rúbrica de los Capítulos II (*Aplicación de las normas jurídicas*) y III (*Eficacia*

general de las normas jurídicas) del Título preliminar. En el **Capítulo II** se incluyen las reglas de interpretación de las normas (art. 3.1), equidad (art. 3.2), analogía (art. 4.1), aplicación de leyes generales, excepcionales y de ámbito temporal (art. 4.2), valor del Código civil como Derecho supletorio de otras leyes (art. 4.3), reglas sobre cómputo de los plazos (art. 5.1 y 2). El **Capítulo III** versa sobre las siguientes materias: ignorancia de ley y error de derecho (art. 6.1), exclusión voluntaria de la ley aplicable y renuncia a los derechos en ella reconocidos (art. 6.2), actos contra ley (art. 6.3) y en fraude de ley (art. 6.4), buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1) e interdicción del abuso del derecho (art. 7.2).

Al tiempo de promulgarse el Título preliminar se suscitó la duda de si determinadas normas de las Compilaciones sobre materias reguladas en los Capítulos II y III del Nuevo Título preliminar (como, por ejemplo, las relativas a interpretación, equidad y analogía) se deberían considerar derogadas o modificadas en caso de contradicción. En la doctrina se entendió entonces que cualquier cuestión que pudiera plantearse venía resuelta por lo dispuesto en el artículo 2.º del Decreto que sanciona con fuerza de ley el nuevo texto articulado del Título preliminar: “El presente texto articulado del Título preliminar del Código civil *no altera lo regulado en las Compilaciones de los Derechos especiales o forales*” (Decreto 1836/1974, de 31 de mayo) (48). Del tenor literal del art. 13.1 del C.c. se desprende que entre las disposiciones de aplicación general y directa del Título preliminar no se incluyen las normas sobre prelación de fuentes de las Compilaciones. Un sector de la doctrina pone de relieve la conexión que existe entre la mate-

(48) Cfr. LALAGUNA, E., “Comentario al artículo 13 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. I, Madrid, 1978, EDESA, pp. 466-467; LORENTE SANZ, J., “La modificación del Título preliminar del Código civil”, *Boletín del Real Colegio de Abogados de Zaragoza*, Núm. 55 (1 de octubre de 1974), pp. 46-47.

ria de fuentes y la de interpretación y aplicación de las normas jurídicas para llegar a la conclusión de que debe reconocerse la virtualidad de las normas sobre estas materias contenidas en las Compilaciones (49).

La Constitución ha venido a establecer a favor del Estado, “en todo caso”, una reserva de competencia en materia de “reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas”.

La norma del art. 149.1.8 C.E., al establecer esta competencia a favor del Estado, no ha venido a sustituir al art. 13.1 del C.c. Ni atenúa ni limita su vigencia y eficacia. El art. 13 del C.c. es una norma de origen estatal sobre la aplicación y eficacia de las leyes, que se mantiene después de la Constitución de 1978 con la misma virtualidad que antes tenía. Frente a la opinión de que el artículo 13 del Código civil tiene hoy un valor meramente interpretativo, entiende BERCOVITZ que los artículos 149.1.8 y 149.3 C.E. “han venido a reforzar en principio la vigencia de dicho precepto”. En cuanto a la competencia estatal que el art. 149.1.8 C.E. establece para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, implica, según el mismo autor, “reforzar el papel actual del art. 13.1, puesto que supone que el mismo, junto con las disposiciones de las Compilaciones respetadas por él sobre esas materias (de acuerdo —como he señalado— con la doctrina dominante), sigue vigente mientras no se modifique por una ley estatal” (50).

Cuestión distinta de la hasta aquí tratada es si las “reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas”, que son materia de competencia exclusiva del Estado “en todo caso” pueden ser en algún aspecto materia de competencia legislativa de las Comunidades Autónomas.

(49) Así, LASARTE, *Autonomías y Derecho privado*, cit., 1980, pp. 117-118.

(50) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 13 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, pp. 150-151.

En opinión de LACRUZ y DELGADO, “a partir de la Constitución, el art. 13.1, como fuente de imposición de ciertas reglas a todos los españoles, ha sido sustituido por el art. 149.1.8.^a de aquélla. El precepto del Código —ley estatal ordinaria, sin eficacia por ello en el ámbito de las competencias exclusivas de los ordenamientos autonómicos— puede ser desatendido por cualquier Comunidad Autónoma en aquello que no coincida con el citado precepto de la Constitución, para cuya interpretación sigue conservando alguna utilidad”. Y seguidamente dicen: “Respecto de las Compilaciones expresamente integradas en los Ordenamientos autonómicos, el art. 13 C.c. les es, simplemente, ajeno” (51).

A mi entender, el art. 13.1 del C.c. es norma de origen estatal y, aunque anterior en el tiempo al art. 149.1.8 de la C.E, sigue siendo después de la Constitución la norma clave que permite determinar las materias comprendidas en la reserva competencial de que tratamos. Son “*reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas*” las comprendidas en los Capítulos II y III del Código civil, y en cuanto *expresión* de una competencia del Estado tienen carácter preceptivo y no meramente interpretativo.

Lo que no parece dudoso, en principio, es que las “reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas” constituyen materia reservada “en todo caso” por la Constitución a la competencia del Estado, por lo que hay que entender que las Comunidades Autónomas no están en condiciones de asumir dicha competencia en sus Estatutos al quedar fuera de la previsión del art. 149.3 de la C.E., conforme al cual pueden corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos, “las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución”.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la reserva a favor del Estado de las “reglas

(51) LACRUZ, *Elementos*, cit., I, Vol. 1, 1988, edición revisada y adicionada por J. DELGADO ECHEVARRÍA, pp. 122-123.

relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas". La Sentencia 14/1986, de 31 de enero, citada por AROZAMENA, declara que la Constitución "en el pasaje aludido, reserva a la competencia exclusiva del Estado, y ello de un modo absoluto y no —como sucede en otros números del propio art. 149— a título de posibilidad de establecer unas bases, o disciplinar una coordinación, de lo que se infiere la imposibilidad de admitir, so pena de desnaturalizar por completo el mandato constitucional en el punto examinado, que las Comunidades Autónomas emitan con carácter de generalidad, o incluso con destino a una determinada especie o grupo de disposiciones, normativa receptora de esta materia". Se plantea en esta Sentencia qué se debe entender por "reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas", y después de referirse a lo que el Código civil entiende por tal en la rúbrica de los Capítulos citados anteriormente del Título preliminar, indica "que no otra cosa que ordenación de la aplicación y eficacia habrá que reputar a todo aquello que se concrete en disciplinar la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo". Y el citado autor afirma que, según esta interpretación constitucional "es claro que no sólo la materia acotada en los arts. 3.º al 5.º (aplicación de las normas jurídicas) y 6.º y 7.º (eficacia general de las normas jurídicas) del Código Civil, está reservada en exclusividad al legislador estatal, sino también lo que es hoy contenido del art. 2.º del mismo Cuerpo Civil, en orden a la vigencia, derogación y retroactividad de las normas jurídicas" (52).

Singular interés tiene la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 83/1986, de 26 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra los artículos 4.2 y 6.1 de la Ley del

(52) AROZAMENA SIERRA, J., "Competencia de las Comunidades autónomas en materia civil: el artículo 149.1.8.ª de la Constitución", *Actualidad civil*, 1988, Núm. 35, pp. 2188-2189.

Parlamento de Cataluña, 7/1983, de 18 de abril (53). En cuanto importa a nuestro tema, la primera parte del art. 6.1, que se impugna, dice lo siguiente: “Las leyes que apruebe el Parlamento de Catalunya deben publicarse en ediciones simultáneas, en lengua catalana y en lengua castellana, en el «Diari Oficial de la Generalitat». El Parlamento debe hacer la versión oficial castellana. *En caso de interpretación dudosa, el texto catalán será el auténtico*”. En el resumen de antecedentes que se contiene en el Tercero de los Fundamentos Jurídicos se afirma: “Es este último inciso el que, según el Abogado del Estado, resulta inconstitucional, por estar en contradicción con el principio de cooficialidad de los arts. 3.2 de la C.E. y 3.2 del E.A.C., *e invadir la competencia estatal sobre las leyes relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas reseñadas en el art. 149.1.8 de la C.E.*”. Según el Parlamento catalán no existe un deber de absoluta igualdad en el empleo de las lenguas oficiales, por lo que, menos aún, se exige la igualdad de los textos normativos regulados en una y otra a efectos interpretativos. Y de ahí que, según el Parlamento catalán, “no haya discriminación en el trato diverso dado por el art. 6.1 al catalán y al castellano en el presente caso, ya que hay para ello el hecho diferencial de que la versión castellana se hace, bajo la responsabilidad de la Mesa del Parlamento, con posterioridad, de forma que la versión original es la catalana” (54). A partir de aquí, el TC sienta la siguiente doctrina:

“Digamos que *sí puede en cambio este inciso infringir la seguridad jurídica* (art. 9.3 de la C.E.) *y los derechos a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos* (art. 24.1 de la C.E.)

(53) STC 83/1986, de 26 de junio (Pleno). Recurso de inconstitucionalidad núm. 517/1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra. Voto particular formulado por el Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente (B.O.E. de 4 de julio de 1986). Las citas se toman del *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1986, Vol. II, Pamplona, 1987, pp. 338-348.

(54) *Fundamento Jurídico* III, párrafos 1.º y 2.º

que, sin tener el deber de conocerla, pueden alegar el desconocimiento de una de las lenguas oficiales, aquélla a la que se da prioridad en cuanto a la interpretación de las leyes publicadas en forma bilingüe, máxime cuando las leyes del Parlamento catalán pueden llegar a surtir efectos fuera del ámbito territorial de Cataluña". Y a continuación el TC declara la competencia exclusiva del Estado en la aplicación de las normas jurídicas, así como la necesidad de aplicar las reglas de interpretación "tal y como vienen reguladas, en virtud de la competencia estatal sobre las mismas, en el art. 3.1 del Código Civil. No siendo esto lo que dice el precepto impugnado, que otorga el carácter de texto auténtico sólo al catalán, debe ser declarado inconstitucional" (55).

La doctrina constitucional que se resalta principalmente al citar esta Sentencia se contiene en el siguiente párrafo del Fundamento Jurídico tercero. Dice así: "Por otro lado, corresponde al Estado en exclusiva establecer las reglas sobre la «aplicación» de las normas jurídicas, lo que comprende, por el propio significado del vocablo y por la interpretación sistemática del mismo en relación con el capítulo II del título preliminar del Código Civil, las reglas sobre la «interpretación» de las normas. Aunque el legislador estatal no haya previsto específicamente los problemas de interpretación de textos legales publicados oficialmente en forma bilingüe, no hay razón que habilite a las Comunidades Autónomas para suplir este vacío normativo. Por lo demás, la alusión a los antecedentes legislativos, sobre la cual los representantes del Parlamento y del Consejo Ejecutivo de la Comunidad Autónoma se apoyan para justificar la constitucionalidad del inciso, por cuanto la lengua normalmente utilizada en la elaboración de las leyes autonómicas es el catalán, no tiene debidamente en cuenta que dichos antecedentes son uno de los diversos criterios de interpretación que enumera el art. 3.1 del Código Civil, junto al «sentido propio» de las

(55) Fundamento Jurídico III, párrafo 3.º

palabras en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que la respectiva norma ha de ser aplicada, sin que de suyo quepa deducir directamente de dicho artículo una prioridad o «autenticidad» del texto catalán en caso de duda o de conflicto con el castellano” (56).

La STC 74/1989, de 21 de abril, tiene especial interés en relación con la materia que nos ocupa. La Sentencia resuelve el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno solicitando que por el TC se declare la nulidad, por infracción del art. 149.1.8.^a de la C.E., del art. 3.^o del Decreto 125/1984, de 17 de abril, del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña. El precepto impugnado establece las reglas aplicables para determinar el texto que llega a prevalecer en los supuestos de escrituras públicas otorgadas en castellano y en catalán. La Abogacía del Estado entiende que la competencia para establecer estas reglas corresponde al Estado en virtud de dos de las cláusulas competenciales del art. 149.1.8.^a C.E. La primera de estas cláusulas es la referente a las “reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas” (57). Importa resaltar aquí, principalmente, las declaraciones contenidas en los párrafos primero y segundo del *Cuarto* de los Fundamentos Jurídicos. El párrafo primero dice así: “Ponderar en qué medida la Generalidad, al establecer, en el ejercicio de su competencia de normalización lingüística, reglas determinantes del texto que debe prevalecer si surgen dudas de interpretación de escrituras públicas otorgadas en castellano y en catalán, invade la competencia que al Estado le reserva el art. 149.1.8.^a de la Constitución en materia de «reglas relativas a la apli-

(56) *Fundamento Jurídico* III, párrafo 5.^o, *in fine*.

(57) STC 74/1989, de 21 de abril (Pleno). Conflicto positivo de Competencia, promovido por el Gobierno, en relación con el art. 3 del Decreto 125/1984, de 17 de abril, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por el que se regula el uso de la lengua catalana en las escrituras públicas. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente. Voto particular del Excmo. Sr. Fernando García-Mon y González-Regueras. Párrafos cuarto y quinto, *Jurisprudencia Constitucional*, T. XXIII, 1989, Enero-Abril, pp. 834-844.

cación y eficacia de las normas jurídicas» no es difícil dada la evidente inadecuación de la citada cláusula constitucional para justificar la retención en el Estado de las reglas contenidas en el precepto impugnado en este conflicto”. Y seguidamente, el párrafo segundo añade: “Es cierto que, al efecto de determinar la competencia para establecerlas, las reglas sobre la aplicación de las normas jurídicas comprenden por el propio significado del vocablo y por la interpretación sistemática del mismo en relación con el Capítulo Segundo del Título Preliminar del Código Civil, las reglas sobre la «interpretación de las normas» (STC 83/1986, de 26 de junio) y, en este sentido, dictar unas y otras es competencia del Estado *ex* art. 149.1.8.^a de la Constitución. Pero no es menos cierto que las escrituras públicas no son ni contienen normas jurídicas, y que, por tanto, su interpretación no queda comprendida, desde la perspectiva del art. 149.1.8.^a de la Constitución, entre las competencias del Estado”. Y en el último párrafo de este Fundamento Jurídico se concluye: “En consecuencia, hemos de concluir que no ha habido invasión de la competencia estatal para fijar las reglas relativas a la aplicación —e interpretación— de las normas jurídicas (art. 149.1.8.^a C.E.)”.

Disiente de la fundamentación jurídica y del fallo de esta Sentencia el voto particular que formula el Magistrado Don Fernando García-Mon y González-Regueral, que aporta un punto de vista, en mi opinión, convincente. Dice el Magistrado discrepante que el Gobierno de la Nación no impugna el Decreto en su conjunto, y precisa: “Lo que se impugna, al margen y prescindiendo del contenido de las reglas que se establecen en el art. 3, es la competencia de la Generalidad para determinar el texto que debe prevalecer cuando surja alguna duda de interpretación de las escrituras públicas otorgadas en castellano y en catalán, por corresponder al Estado dicha competencia de conformidad con las que, sobre «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas» y «ordenación de los instrumentos

públicos», le atribuye el art. 149.1.8.^a de la Constitución». Y a continuación expone su punto de vista en los siguientes términos: «Entiendo que, efectivamente, la competencia controvertida corresponde al Estado por lo siguiente:

Es cierto que, como se razona en la Sentencia, las reglas contenidas en el art. 3 del Decreto en conflicto, se refieren a las escrituras públicas otorgadas en los dos idiomas y que dichas escrituras «no son ni contienen normas jurídicas, y que, por tanto, su interpretación no queda comprendida, desde la perspectiva del art. 149.1.8.^a de la Constitución entre las competencias del Estado». Mas también es cierto que en las escrituras públicas se insertan actos, contratos o negocios jurídicos de muy distinto contenido y naturaleza, cuya finalidad es, por regla general, la de producir los efectos jurídicos concertados por los otorgantes de conformidad con la libre autonomía de su voluntad. Voluntad que no puede ser sustituida imperativamente, ni aun en el supuesto —único contemplado, naturalmente, por las reglas cuestionadas— de que las partes no hayan previsto el valor preferente de uno de los textos en que está redactada la escritura».

146

“Las dudas que surjan entre los dos textos que, en principio, habrán de tener el mismo valor, puesto que por la voluntad de ambos otorgantes se han utilizado las dos lenguas sin establecer ninguna preferencia entre ellas, no pueden resolverse mas que de mutuo acuerdo entre las partes, sin que, a pretexto de las facultades que sobre normalización lingüística tiene la Generalidad, pueda dictar reglas de interpretación que atribuyan diferente valor a las utilizadas en plano de igualdad. La falta de acuerdo entre las partes deja expedita, como se dice en la Sentencia (Fundamento Jurídico 4, apartado 4.^o), «la formalización de una eventual discrepancia en sede jurisdiccional», pero a esta solución para despejar las dudas ha de llegarse, en su caso, sin una previa determinación valorativa de uno de los textos en detrimento del otro, porque para esa determinación previa no tiene competencia la Generalidad de Cataluña en virtud

de sus facultades de garantizar el uso normal y oficial de los dos idiomas, sino que corresponde a quien la ostente para establecer las reglas relativas a la aplicación, eficacia e interpretación de las normas jurídicas atinentes a la relación o al negocio jurídico de que se trate en cada caso. De ahí la extralimitación competencial en que ha incidido el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña el establecer las citadas reglas que, como ya hemos dicho, por referirse a *materia propia de la interpretación y eficacia de las normas jurídicas aplicables, corresponde al Estado de conformidad con el art. 149.1.8.ª de la Constitución*".

2. Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio.

La formulación de esta reserva competencial atribuida "en todo caso" al Estado por el art. 149.1.8.ª C.E. ha sido hasta ahora entendida por la generalidad de los autores en el sentido de que la competencia del Estado en la regulación de las relaciones jurídicas del matrimonio se extiende a lo que se viene denominando en la doctrina científica *sistema matrimonial*. Con esta expresión técnica se designa la adopción por el Estado de un *criterio uniforme* en el régimen de validez, eficacia y disolución del matrimonio (sistema de matrimonio civil obligatorio) o de un *criterio de coexistencia* entre la legislación y jurisdicción del Estado sobre el matrimonio civil, de un lado, y la legislación y jurisdicción eclesiásticas sobre el matrimonio canónico, de otro (sistema de matrimonio civil electivo y de matrimonio civil subsidiario).

Esta reserva competencial que a favor del Estado establece el apartado segundo del art. 149.1.8.ª C.E. tiene su fundamento, según la opinión común, en el designio de elevar a nivel constitucional la unidad del sistema matrimonial español, en los mismos términos que establece el art. 13.1 del C.c. al declarar la aplicación general y directa en toda España

del Título IV del Libro I del C.c. Hay, sin embargo, otro factor más decisivo en la atribución de la competencia exclusiva al Estado sobre la materia que ahora examinamos.

La Constitución de 1978 atiende ciertamente al propósito de continuidad con la tradición legislativa que inspira la norma del art. 13.1 del Código civil, pero la cláusula competencial del art. 149.1.8.^a C.E. sobre “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio” responde fundamentalmente a la exigencia impuesta por el compromiso internacional contraído por España con la Santa Sede en los “Acuerdos sobre Asuntos Jurídicos” (Roma, 3 de enero de 1979), que, después de su aprobación por las Cortes y su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado entró en vigor el 5 de enero de 1980 (58).

Dos observaciones parecen necesarias a propósito de esta materia que el art. 149.1.8.^a C.E. reserva al Estado en todo caso.

148

La primera, como ya advirtiera LASARTE en 1980, es que, a pesar de que el régimen económico matrimonial sea también (como las relaciones personales entre cónyuges) una

(58) Sobre la entrada en vigor de los Tratados internacionales advierte GONZÁLEZ CAMPOS, J., “Comentario al artículo 1.5 del Código civil”, *Comentarios a las reformas el Código civil*, 1, Madrid, 1977, p. 119, que el plazo de “*vacatio legis*” opera “salvo que las disposiciones legislativas no dispongan otra cosa, de manera que, en principio, ha de estarse a las propias disposiciones del tratado”. El *Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos*, en el Protocolo Final, hace referencia expresa a su entrada en vigor: “El presente Acuerdo, cuyos textos en lengua española e italiana hacen fe por igual, entrará en vigor en el momento del canje de los instrumentos de ratificación”. En la versión oficial del texto del Acuerdo publicado por el B.O.E., en una nota inserta al final del texto puede leerse: “*El presente Acuerdo entró en vigor el día 4 de diciembre de 1979, fecha del canje de los respectivos instrumentos de ratificación, según lo previsto en dicho Acuerdo*” (B.O.E. de 15 de diciembre de 1979, núm. 300, p. 27.782). Así, cabe entender que existen dos momentos diferentes de entrada en vigor del Acuerdo: 1) el de la fecha señalada en el texto oficial, a partir del canje de los instrumentos de ratificación, es decir, el 4 de diciembre de 1979, en el que el Acuerdo *adquiere vigencia y desde entonces vincula a las partes contratantes*; 2) el de la fecha en que se cumple la “*vacatio legis*” del Acuerdo según el art. 2.1 del C.c., es decir, a los veinte días de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, fecha en la cual el Acuerdo ha “*pasado a formar parte del ordenamiento interno*” de España (conforme al art. 1.5 del C.c.).

relación jurídica civil, la inteligencia de la expresión utilizada para describir la reserva a favor del Estado en el art. 149.1.8.^a C.E. (“relaciones jurídico-civiles”) ha de considerarse “*limitada a los aspectos no patrimoniales del estado matrimonial*”. En este sentido afirmaba LASARTE: “Cualquier propuesta en contrario, aparte de infundada y contraria al decurso de los diferentes Derechos civiles coexistentes en España es evidente que los vaciaría de contenido de una manera casi absoluta. En suma se trataría de una propuesta absurda, sobre todo teniendo en cuenta que la reforma del Título preliminar del Código civil se ha aprovechado para explicar en el artículo 13 algo que, si bien latía igualmente en el artículo 12, éste no lo decía expresamente: que de la aplicación general y directa del título IV del libro I se han de exceptuar las normas relativas al régimen económico-matrimonial” (59).

La segunda observación que conviene hacer se refiere al significado de la expresión “formas de matrimonio”. No se trata de describir con esta expresión “*las formas de celebración del matrimonio*”, como han entendido algunos autores (60), guiados no ya sólo por el uso corriente de la expre-

(59) LASARTE, *Autonomías y Derecho privado*, cit., 1980, pp. 121-122.

(60) No parece correcta la afirmación que hace ARCE JANARIZ, *Constitución y Derechos civiles forales*, cit., 1987, p. 173. “Con la reforma de 1981 se implantó, en efecto, un sistema de matrimonio civil único con dos formas: la civil y la ‘religiosa legalmente prevista’ (art. 49 C.c.) ...”. En otro aspecto, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., “Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución”, *Anuario de Derecho civil*, 1986, pp. 1149-1150, mantiene, en mi opinión, una idea errónea cuando afirma: “Tanto en la regulación del Código civil como en la Constitución, el término «formas», según la doctrina, no equivale a clases de matrimonio, sino a modos de celebración. Esta afirmación es aplicable al artículo 32.2 de la Constitución cuando dice: «La Ley regulará las formas de matrimonio»”. En el Código civil, *antes de la Constitución*, el término “formas” equivale a “clases” de matrimonio. En el Código civil, *después de la Constitución*, a partir de la reforma del Título IV, Libro I, por Ley de 7 de julio de 1981, el término “formas” del matrimonio se convierte en fuente constante de equívocos. Acaso el origen de estos errores se encuentra en el borrador del Capítulo III del Título IV, Libro I, del Código civil, utilizado para la redacción del Anteproyecto de reforma de dicho Título IV del Libro I en la Comisión General de Codificación.

sión sino también por el sentido jurídico con que indebidamente se ha introducido la expresión “formas de matrimonio” en el texto articulado del Código civil (contra el tenor, completamente claro en este punto, de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede). Ante este error es oportuno hacer las siguientes puntualizaciones.

En el proceso histórico de nuestra legislación matrimonial las variaciones del sistema han oscilado en todo caso en una situación de exclusividad o de coexistencia entre dos clases o especies de matrimonio: el matrimonio civil y el matrimonio canónico. Con la Ley de 7 de julio de 1981, que reforma el Título IV del Libro I del Código civil, aparece una nueva modalidad de matrimonio: el contraído “*en forma religiosa*” (cfr. arts. 49, 59, 65, principalmente, del C.c.). Y en la doctrina se pregunta si esta nueva *forma* viene a configurarse como una tercera especie o categoría de matrimonio o si, diversamente, se mantienen sólo las dos especies clásicas (matrimonio civil y matrimonio canónico) y la figura del llamado matrimonio “*en forma religiosa*” es sólo una especialidad del matrimonio civil caracterizada por el hecho de celebrarse la unión ante el Ministro de una confesión reconocida por el Estado, pero sin la autonomía legislativa y jurisdiccional que se reconoce (ahora con límites que antes de la Ley de 1981 no existían) al matrimonio canónico. El estudio de las fuentes legales permite sostener fundadamente que esta última respuesta es la adecuada. Según esto, se puede afirmar: 1) En el Derecho español vigente se admiten dos clases o especies de matrimonio con autonomía legislativa y jurisdiccional, aunque dicha autonomía tenga diverso contenido y alcance: el matrimonio civil y el matrimonio canónico; 2) Por otra parte, desde el punto de vista de la celebración del matrimonio, de acuerdo con el principio constitucional de no confesionalidad del Estado y de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones (art. 16.3 C.E.), se admiten *tres formas ordinarias de celebración*: a) El matrimonio civil celebrado ante el Juez o

funcionario señalado por el Código; b) El matrimonio civil celebrado en la forma religiosa de una confesión reconocida por el Estado; c) El matrimonio canónico celebrado según las normas del Derecho canónico (61).

Circunscribida la reserva competencial a favor del Estado a la unidad del sistema matrimonial, se entiende por la común doctrina que queda excluido de la reserva el régimen de efectos económicos que se sigue de la separación, nulidad y disolución del matrimonio (62).

3. Ordenación de los registros e instrumentos públicos.

La cláusula que establece la competencia exclusiva del Estado “en todo caso” sobre la “ordenación de los registros e instrumentos públicos” tiene como precedente el art. 15.1.^a de la Constitución de 1931, que establecía la reserva a favor del Estado de la competencia sobre “ordenación de los registros e hipotecas”. Con este enunciado aparecía la reserva en el Anteproyecto de Constitución, eliminándose la referencia a las *hipotecas* por la enmienda *in voce* formulada en el Senado por A. Ballarín Marcial. La supresión de esta referencia en el texto constitucional se utilizó como

151

(61) Sobre el tema *vid.* el documentado estudio de CARRIÓN OLMOS, S., *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1990. *Cfr.* también LALAGUNA, E., *La reforma del sistema matrimonial español*, Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1983; y en edición de Reus, Madrid, 1983. A los *matrimonios civiles en forma religiosa*, se refieren los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, aprobados respectivamente por Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre. La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 1993 contiene una serie de normas prácticas para la inscripción en el Registro civil de los matrimonios celebrados en alguna de estas formas religiosas. Estos matrimonios *en forma religiosa* requieren para su validez que los contrayentes tengan los requisitos de capacidad exigidos por el Código civil. Lo que justifica su denominación, generalizada en la doctrina, como “matrimonios civiles en forma religiosa”. *Cfr.* CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T. V, Vol. I, Madrid, 1994, pp. 250-253.

(62) LACRUZ, *Elementos*, I, *cit.*, ed. revisada y adicionada por DELGADO, 1988, p. 13; BERCOVITZ, *Comentario del artículo 13*, *cit.*, 1991, p. 153.

argumento favorable al reconocimiento de una posible competencia autonómica en materia de hipotecas, aunque el intento no tuvo acogida en la doctrina, ya que la enmienda aludida, al sustituir la mención de las “hipotecas” por la más amplia de “instrumentos públicos” enfilaba a mantener dentro del ámbito de la potestad normativa del Estado la legislación notarial que, como observa LÓPEZ JACOISTE, junto con la legislación hipotecaria, así como sus respectivos reglamentos, han sido y son, sin excepciones, materia de aplicación general en toda España (63). Esta opinión es común en la doctrina (64). Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha declarado en varias sentencias que la legislación hipotecaria es competencia exclusiva del Estado (STC 56/1984, de 7 de mayo).

152

En relación con la ordenación de los Registros, se han de considerar incluidos en la reserva a favor del Estado los de carácter propiamente jurídico, y entre éstos los relativos a materias civiles, como el Registro de la propiedad, el Registro civil, el Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, el Registro de actos de última voluntad, el Registro de contratos de préstamo declarados nulos (65). Diversamente, la reserva no incluye los registros administrativos, incluso aunque los asientos tengan eficacia en el ámbito de las relaciones jurídicas civiles. En este sentido la STC 71/1983, de 29 de julio ha declarado: “Los registros a que se refiere el art. 149.1.8.^a de la Constitución son los referentes fundamentalmente a materias de Derecho privado, como se infiere de su contexto, y no a otros registros que, como el Catálogo [de montes], aunque tengan repercusiones en este campo del Derecho, tiene por objeto materias ajenas a él, cual es un aspecto de la legislación sobre

(63) LÓPEZ JACOISTE, J., “Constitucionalismo y codificación civil”, *Lecturas sobre la Constitución española*, II, U.N.E.D., Facultad de Derecho, Madrid, 1978, p. 605.

(64) Cfr. LASARTE, *Autonomías y Derecho privado*, cit., pp. 131-133; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Competencia de los Parlamentos autónomos*, cit., pp. 1152-1153; LACRUZ, *Elementos*, I, Vol. I, ed. cit., revisada y adicionada por DELGADO, p. 113.

(65) En este sentido ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., p. 182.

montes" (66). Se excluye de esta reserva el Registro mercantil (y, consiguientemente, el Registro de venta a plazos de bienes muebles) cuya competencia al Estado está implícita en la competencia de éste sobre legislación mercantil que se contiene en el art. 149.1.6 C.E.

En cuanto al fundamento de la reserva al Estado en materia de ordenación de los instrumentos públicos, la STC 74/1989, de 21 de abril, dice: "La reserva al Estado de la ordenación de los instrumentos públicos tiende al aseguramiento de un tratamiento normativo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados, y, por tanto, de las escrituras públicas, uniformando a tal fin el régimen de su naturaleza y contenido, de sus requisitos internos y formales, de su validez y eficacia y, en general, de todos aquellos aspectos que comprometan la unidad de su disciplina jurídica, de modo que una nota definitoria de las reglas ordenadoras de los instrumentos públicos y, por tanto, de las escrituras públicas, ha de ser la de servir, en relación de necesidad, al establecimiento y preservación de la uniformidad de su régimen jurídico" (67). La doctrina de esta Sentencia es clara. Sin embargo, la fundamentación del fallo en el supuesto que se resuelve no es, en mi opinión, convincente. El argumento esgrimido por la Abogacía del Estado me parece de suficiente consistencia para mantener la tesis contraria, es decir, que la competencia controvertida *no* corresponde a la Generalidad de Cataluña. Entre los antecedentes de la Sentencia se puede leer: "Aduce el Abogado del Estado la competencia exclusiva del Estado en materia de «ordenación de los instrumentos públicos» (art. 149.1.8.^a de la Constitución), entre los que, de acuerdo con el art. 144 del Reglamento Notarial, se incluyen las

(66) Citada por LACRUZ, *Elementos*, I, Vol. I, ed. cit., revisada y adicionada por DELGADO, p. 113.

(67) STC (Pleno) 73/1989, de 21 de diciembre, Fundamento Jurídico V, párr. 2.º Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente (B.O.E. núm. 121, de 22 de mayo de 1989), *Jurisprudencia Constitucional*, T. XXIII (enero-abril), pp. 834-844.

escrituras públicas. Fácilmente se comprende, al decir del Abogado del Estado, que un aspecto fundamental de la «ordenación de los instrumentos públicos» es el relativo a la determinación de qué texto prevalece en el caso de dudas de interpretación en las escrituras otorgadas en dos lenguas oficiales (el castellano y la propia de cada Comunidad Autónoma), y que el establecimiento por cada Comunidad de sus propias reglas rompería la necesaria uniformidad que el precepto constitucional, siguiendo el precedente de la Constitución de 1931, ha pretendido establecer, tal como revelan los trabajos parlamentarios, y, en particular, una enmienda del Señor Ballarín, que precedieron a su definitiva aprobación” (Antecedentes; 1).

Especial interés tiene en relación con el tema que examinamos la STC 156/1993, de 6 de mayo, que declara la constitucionalidad del art. 52 del Texto refundido de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990 del Gobierno Balear (68). El recurso fue presentado por la Abogacía del Estado en representación del Presidente del Gobierno.

El texto del citado art. 52 que se trata de impugnar dice: “En los testamentos otorgados ante Notario no será necesaria la presencia de testigos, excepto en los casos siguientes:

- a) Cuando el Notario no conozca al testador.
- b) En caso de que el testador sea ciego o enteramente sordo.
- c) Cuando el testador no sepa o no pueda firmar.
- d) En los supuestos en que el Notario lo considere necesario o lo manifieste el testador.

En todos estos supuestos los testigos en número de dos no tendrán la obligación de conocer al testador, excepto en el caso a), y podrán serlo los empleados del Notario.

(68) STC (Pleno) 156/1993, de 6 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 2.401/1990. Ponente: Excmo. Sr. Don Vicente Gimeno Sendra (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 127. Suplemento, pp. 85-96).

En todo lo demás se observarán las formalidades previstas en el Código Civil”.

Una de las dos argumentaciones en que se basa la demanda de inconstitucionalidad es la invalidez del citado precepto por versar sobre una materia —“ordenación de instrumentos públicos”— que corresponde “en todo caso” a la exclusiva competencia del Estado, según el art. 149.1.8 C.E.

En el quinto de los Fundamentos Jurídicos la cuestión aparece planteada como sigue: “Se dice en el recurso, con cita del art. 144 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de julio de 1944) que los testamentos notariales «son instrumentos públicos», afirmación de la que se hace derivar que la regulación de la intervención de testigos en estos testamentos constituye un supuesto de «ordenación» de aquellos instrumentos, enteramente ajena, por consiguiente, a la competencia que sobre su Derecho civil propio ostenta la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. El Tribunal, sin embargo, no puede compartir este razonamiento ni aceptar, por lo tanto, que lo regulado en el art. 52 de la Compilación balear afecte a la invocada competencia el Estado” (69).

155

Contra este planteamiento el TC alega, como principales argumentos:

“*Primero.* La regulación sobre la intervención de testigos en los testamentos ante Notario forma parte en nuestro ordenamiento de la legislación civil testamentaria, no de la legislación notarial, localización sistemática ésta que no puede dejar de tenerse en cuenta a la hora de identificar el ámbito de las categorías jurídicas (ordenación de los «instrumentos públicos», en este caso) empleadas por el art. 149.1 de la Constitución con fines de articulación competencial. Es de relevante consideración, a este respecto, lo dispuesto en los arts. 143 y 180 del ya citado Reglamento notarial” (70).

(69) *Fundamento Jurídico* V, párr. 2.º

(70) *Fundamento Jurídico* V, párr. 3.º

“*Segundo.* Ni la intervención de testigos se integra, por lo tanto, en el régimen tradicional de autorización de escrituras públicas y otros instrumentos notariales, ni su exigencia con relación a los testamentos proviene de la legislación notarial, sino, con toda claridad, de la normativa civil a la que aquélla expresamente remite” (71).

“*Tercero.* La integración en la legislación civil sobre testamentos —no en la ordenación de los instrumentos públicos— de todo lo relativo a los testigos testamentarios resulta corroborada, por lo demás, a la vista de la consideración doctrinal, prácticamente unánime, sobre el carácter de la intervención de testigos en este acto jurídico. Tal intervención, cuando la ley la exige, constituye una formalidad o solemnidad propia del testamento, sin que los testigos instrumentales realicen en modo alguno funciones que puedan ser calificadas de «notariales», pues el testamento es autorizado sólo por el funcionario interviniente, único depositario de la fe pública. Han sido y son imperativos propios de la legislación sobre testamentos y no de la notarial —esto es lo que ahora importa destacar— los que han llevado al legislador a requerir la presencia de testigos en los testamentos ante Notario” (72).

Cuarto. La Sentencia, después de poner de relieve la concordancia del artículo 52 de la Compilación balear con el cambio operado en el Código civil con respecto a los testigos de los testamentos por la Ley 30/1991, concluye: “Ni en nuestra tradición jurídica ni en nuestro ordenamiento actual ha formado parte dicha regulación de la legislación notarial ni, por tanto, de la ordenación de los instrumentos públicos, ello sin perjuicio de que no todos y cada uno de los contenidos de tal regulación notarial, en su actual contenido, deban estimarse comprendidos en la norma competencial aquí considerada. Con independencia de esta última

(71) *Fundamento Jurídico* V, párr. 4.º

(72) *Fundamento Jurídico* V, párr. 5.º

salvedad, es preciso concluir, en que una norma como la contenida en el art. 52 de la Compilación balear no puede tacharse de ilegítima con la mera invocación de la competencia estatal para la ordenación de los instrumentos públicos. El precepto impugnado no ordena dicha materia, sino una solemnidad o formalidad del acto jurídico que es el testamento” (73).

La argumentación de la sentencia que se acaba de exponer ha sido objeto de una detenida crítica por R. BERCOVITZ, que aquí no cabe reproducir, pero sí exponer de modo resumido. El razonamiento que sigue este autor es, en síntesis, el siguiente:

Primero. La Sentencia viene a decir que al no estar incluida esta materia en la legislación notarial, sino en la civil, no forma parte de la ordenación de los instrumentos públicos. Se distingue entre legislación civil y legislación notarial. Pero se olvida que la legislación notarial es también fundamentalmente legislación civil, por lo que se refiere a la ordenación de los instrumentos públicos; lo que no queda en entredicho por esas remisiones que se hacen al Reglamento Notarial. Así lo ha considerado siempre la doctrina. Sin olvidar que el art. 149.1.8 C.E. se refiere todo él a la legislación civil.

157

Segundo. La participación o concurrencia de testigos en los testamentos notariales forma parte del régimen tradicional del otorgamiento de testamentos notariales, es decir, del otorgamiento de ese tipo de instrumentos públicos, y ha cumplido durante mucho tiempo una importante función de garantía, que es lo que se pretende a través de esa forma notarial esencial, y de ahí que constituyese un requisito esencial, sin el cual el testamento, es decir, el instrumento público, era nulo. Y esto no queda cuestionado por el hecho de que ello ahora no sea así de acuerdo con la realidad social actual.

(73) *Fundamento Jurídico* V, párr. 7.º

Tercero. No es cierto que la formalidad sea propia del testamento y no de su otorgamiento notarial, aun admitiendo que semejante distinción se puede hacer en un negocio jurídico cuya forma (el otorgamiento notarial o en instrumento público) es esencial. Basta con pensar en el testamento ológrafo, que no requiere testigo alguno.

Cuarto. Todo lo apuntado conduce a R. BERCOVITZ a decir que la afirmación antes transcrita, con la que concluye el Tribunal su argumentación sobre el tema, “*constituye un juego de palabras*”. En efecto, decir que no se regula la ordenación de un instrumento público, sino que se ordena la forma del testamento (“una solemnidad o formalidad” del mismo), cuando estamos hablando de un testamento cuya forma notarial es esencial, supone separar lo que resulta intrínsecamente unitario e inseparable (74).

4. Bases de las obligaciones contractuales.

Se considera con razón en la doctrina que la delimitación del contenido de esta competencia encierra una gran dificultad.

La expresión “bases de las obligaciones contractuales” se toma literalmente del art. 15.1 de la Constitución de 1931. Este antecedente, sin embargo, no parece haber proporcionado hasta el momento ninguna aclaración o precisión significativa sobre el alcance de esta competencia que se establece a favor del Estado “en todo caso”, ni tampoco sobre su inclusión en el apartado segundo del art. 149.1.8.^a C.E.

Para determinar el significado y el alcance de esta competencia se habrá de estar fundamentalmente, en mi opinión, a los elementos de interpretación que proporcionan las normas de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía y, en cualquier caso, a la doctrina que sobre la materia ha

(74) Cfr. BERCOVITZ, “La conservación, modificación”, *cit.*, pp. 79-80.

venido a establecer el Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución.

Antes de entrar en las varias cuestiones que suscita la ambigua formulación de esta competencia, parece conveniente señalar su fundamento teniendo en cuenta el criterio sustentado por el TC acerca del fundamento de la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales. Las sentencias del TC que se refieren a las *bases* de la regulación de una materia como competencia exclusiva del Estado, cifran la finalidad y justifican el fundamento de esta competencia en el *interés general*, expresión que, al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA, “explica por sí sola el sentido de toda la lista de competencias exclusivas del Estado” (75). El interés general, en cuanto que implica la exigencia de una regulación unitaria o, más precisamente, de un común denominador normativo de vigencia nacional y aplicación uniforme, es lo que se pretende por la Constitución al conferir competencia exclusiva del Estado para establecer las normas básicas sobre una materia determinada. Así, dice la STC 48/1988, de 22 de marzo: “La finalidad perseguida por la Constitución al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de una materia es asegurar, en aras de intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas, un común denominador normativo, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia en cuestión le ha sido asignado por la Constitución y su propio Estatuto” (76). La misma idea aparece en sentencias más antiguas. En la STC

159

(75) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico”, *Revista española de Derecho constitucional*, 1982, p. 68.

(76) STC (Pleno) 48/1988, de 22 de marzo («BOE» núm. 88, de 12 de abril de 1988). Ponente: Excm.a Sra. D.^a Gloria Begué Cantón. *Jurisprudencia Constitucional*, T. XX (1 enero-30 abril), Madrid, 1989, p. 543 (*Fundamento Jurídico* III,e, párr. 8.º).

1/1982, de 28 de enero, se declara: “Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia para fijar las bases de una determinada materia es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y vigencia en toda la Nación, porque con ellas se proporciona al sistema normativo ... un denominador común, a partir del cual, cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias” (77). Y la misma doctrina, con mayor precisión, se contiene en la STC 248/1988, de 20 de diciembre: “... Corresponde al legislador estatal definir lo básico observando estrictamente las prescripciones constitucionales y estatutarias, y a este Tribunal controlar en última instancia esta definición. El ejercicio de aquella función normativa del Estado y del sucesivo control jurisdiccional ha de venir orientado por dos finalidades esenciales. En primer lugar, el Estado debe garantizar, a través de las normas básicas, un común denominador normativo —dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales— a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en atención a sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto...” (78).

A diferencia de las demás competencias del apartado segundo del art. 149.1.8 C.E., la que ahora analizamos atribuye al Estado sólo las *bases de las obligaciones contractuales*, dejando el *desarrollo* de las bases abierto a una *posible* competencia de las Comunidades Autónomas.

En este punto conviene tener en cuenta que en los Estatutos de las Comunidades Autónomas que han asumido la competencia para la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, no se encuentra una referencia específica a la asunción de competencia en el desarrollo de las bases de las obligaciones contractua-

(77) Cito la versión de M.^a P., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8.^a* Madrid, 1991, p. 28.

(78) Cito según la versión de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Bases*, cit., p. 29.

les. Aunque no se discuta la existencia del título de atribución de competencia (art. 149.1.8.^a C.E.), parece que sería necesario para su ejercicio la asunción de tal competencia en los Estatutos respectivos (art. 147.2, d) C.E.).

La falta de asunción en los Estatutos de la competencia relativa al desarrollo de las bases de las obligaciones contractuales sitúa la cuestión en el campo de aplicabilidad del art. 149.3. C.E.: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución (en este supuesto se habría de encuadrar el *desarrollo* de las bases de las obligaciones contractuales) *podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos*”. Cuando no se haya asumido la competencia que corresponda en el respectivo Estatuto entrará en juego la segunda parte del art. 149.3: “*La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas*”. Si no hay conflicto pero existe una insuficiencia normativa en el Derecho de la Comunidad Autónoma regirá el principio de supletoriedad que se enuncia en la última parte del art. 149.3: “El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

161

Ante el hecho de la ausencia de una mención explícita en los Estatutos de Autonomía a la competencia de las Comunidades Autónomas en el *desarrollo* de las bases de las obligaciones contractuales, cabría entender que a esta materia se extiende la competencia del Derecho estatal por aplicación del principio de prevalencia o del principio de supletoriedad (79).

En dirección distinta de la que acabo de exponer se podría considerar, como sugiere ARCE JANÁRIZ, que la compe-

(79) Cfr. LASAGABASTER HERRARTE, I., *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991.

tencia sobre el *desarrollo* de las bases de las obligaciones contractuales está implícita en la competencia genérica de las Comunidades Autónomas para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, teniendo en cuenta, como apunta el citado autor, “que las materias enumeradas en el segundo párrafo [apartado] del artículo 149.1.8.^a de la C.E. no son sino especificaciones de la cláusula «legislación civil», de suerte que podría incluirse en un paréntesis después de la misma sin que el sentido del precepto se viese alterado” (80). Este criterio se podría mantener con una interpretación amplia del art. 147.2.d. C.E. y con algunas necesarias puntualizaciones. Así, concretamente, habría que precisar con claridad que la competencia atribuida en el apartado primero del art. 149.1.8.^a C.E., que se califica de *exclusiva* en los respectivos Estatutos de Autonomía, vendría a ser en el caso de competencia sobre desarrollo de las bases de las obligaciones contractuales una competencia *compartida*. Lo que no pasa inadvertido al citado autor, que hace la siguiente aclaración: “En el primer caso la competencia autonómica es exclusiva, es decir, el principio de competencia deja más margen; en el segundo la competencia autonómica es compartida, esto es, el principio de competencia se traduce en una relación de complementariedad (STC 85/1983, de 25 de octubre, F.J. 1)” (81).

A mi entender, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el *desarrollo* de las bases de las obligaciones contractuales sería un tema menos problemático de lo que es en el momento actual si en los respectivos Estatutos de las Comunidades Autónomas se hubiera asumido explícitamente esa competencia, ya que: a) Es claro que existe un título de atribución de competencia a las Comunidades Autónomas implícito en el apartado segundo del art. 149.1.8.^a C.E. al referirse la competencia exclusiva del Estado “en

(80) ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., p. 130.

(81) ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., p. 136.

todo caso” sólo a las *bases* de las obligaciones contractuales; b) Entre las materias *no atribuidas expresamente* al Estado por la Constitución se encuentra el *desarrollo* de las bases de las obligaciones contractuales, y la competencia sobre tales materias, conforme al art. 149.3 C.E., puede corresponder a las Comunidades Autónomas según sus respectivos Estatutos (como se ha visto antes).

La singular dificultad que existe para afrontar el tema nace precisamente del hecho de que el *desarrollo de las bases* de las obligaciones contractuales no está contenido en los Estatutos de Autonomía como una de las “competencias asumidas dentro del marco establecido por la Constitución”, que es lo que dispone el art. 147.2,d, C.E.

En principio, no parece existir inconveniente en considerar que la dificultad apuntada se puede salvar entendiendo que el *desarrollo de las bases contractuales*, que de modo implícito, según el tenor del apartado segundo del art. 149.1.8.^a C.E., queda fuera de la competencia exclusiva que en todo caso se atribuye al Estado, está comprendido en la competencia genérica que el apartado primero del precepto constitucional atribuye a las Comunidades Autónomas para la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

Esta solución está vinculada a un planteamiento que responde lógicamente a determinadas exigencias.

Una de tales exigencias sería entender, de acuerdo con la conclusión a que habíamos llegado al tratar de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil, que *sólo las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, foral o especial*, son competentes para legislar sobre *desarrollo* de las bases de las obligaciones contractuales. El *carácter exclusivo* de la competencia del Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8 C.E.) y, por otra parte, la clara acogida en la Constitución de la llamada *opción foralista*, conducen a esta solución.

Esta exigencia, como premisa del planteamiento apunta-

do, debe ser más precisamente definida. A este respecto, entiendo que se debe distinguir aquí entre el *título de atribución* de esta competencia autonómica limitada de que tratamos y el *ámbito material* sobre el que la competencia atribuida se puede proyectar.

Las *Comunidades Autónomas destinatarias del título de atribución* de esta competencia limitada son aquellas a las que el apartado primero del art. 149.1.8.^a C.E. confiere competencia para la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan; el *ámbito material* de esta competencia no es el que se define en el apartado primero (el Derecho civil propio, foral o especial) sino el que resulta implícitamente de la atribución que el apartado segundo de la misma norma constitucional otorga “en todo caso” al Estado: las *bases de las obligaciones contractuales*.

164

Según esto, cada uno de los dos apartados del art. 149.1.8.^a C.E. cumple una función diferente en la delimitación de la competencia autonómica que ahora estudiamos. El apartado primero determina la *atribución de competencia* autonómica mediante la referencia a las *Comunidades Autónomas en que existe Derecho civil, foral o especial*; el apartado segundo acota el *ámbito* en que se proyecta la competencia autonómica, que es el *desarrollo* de una materia (las *bases de las obligaciones contractuales*) cuya competencia está conferida “en todo caso” al Estado.

Al referirse la competencia de las Comunidades Autónomas en que existe Derecho foral al *desarrollo* de una materia (las bases de las obligaciones contractuales) cuya competencia exclusiva corresponde en todo caso al Estado, se ha de concluir lógicamente que la actividad del legislador autonómico ha de orientarse *no al desarrollo del propio Derecho civil foral* sino al *desarrollo de las bases de las obligaciones contractuales del Derecho del Estado*.

De lo expuesto hasta aquí se derivan algunas consecuencias de cierto interés.

En primer lugar, admitido, por las razones antes indicadas, que las Comunidades Autónomas competentes para desarrollar las bases de las obligaciones contractuales son sólo *aquellas en que existe Derecho civil foral o especial*, no es necesario entrar en la cuestión de si para desarrollar las bases de las obligaciones contractuales es necesario que las Comunidades Autónomas cuenten en su Derecho civil, foral o especial, con una regulación propia en materia de obligaciones contractuales, ya que la competencia del legislador autonómico se refiere al desarrollo de las bases de las obligaciones contractuales *del Derecho civil del Estado* (no al desarrollo de las bases de las obligaciones contractuales del propio Derecho civil, foral o especial). En este sentido se puede convenir con ARCE JANÁRIZ en lo siguiente: “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil no tiene más límite material que la competencia del Estado, pues *no es lo foral sino aquella competencia lo que delimita la competencia autonómica*” (82).

165

En segundo lugar, del planteamiento aquí adoptado se sigue que, dado el carácter exclusivo de la competencia del Estado en la ordenación de las bases de las obligaciones contractuales, no parece posible que a una determinada regulación preconstitucional de esta materia en las legislaciones forales se le pueda reconocer la condición de *básica*, lo que permitiría su “conservación” en situación de coexistencia con la correspondiente ordenación básica propia del Derecho estatal. A este respecto me parece oportuno tener en cuenta la siguiente observación de BERCOVITZ: “Tanto por la naturaleza de las bases como por la función que cumplen, su carácter unitario es esencial. No pueden existir bases contradictorias, ni siquiera parcialmente. De ahí que quepa afirmar como evidente que esas normas discordantes de las Compilaciones no contienen bases de las obligaciones con-

(82) ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., p. 134. Subrayado por mí.

tractuales" (83). En sentido contrario opinan LACRUZ y DELGADO, al afirmar lo siguiente: "Prácticamente en todas las Compilaciones hay alguna regla referida a las obligaciones nacidas de los contratos. Puesto que estas normas eran, formalmente, legislación estatal ocurre que: a) No fueron derogadas por la Constitución, que se limita a atribuir al Estado una competencia; b) Su misma existencia muestra que no es básico en el Derecho de la contratación española, según se infiere racionalmente del Derecho vigente al promulgarse la Constitución («concepto material de bases»), la uniformidad de las normas sobre contratos en el ámbito en que hay normas divergentes en las Compilaciones" (84). La proposición de estos autores me parece difícilmente sostenible. Por varias razones: a) Porque la determinación del concepto de "bases de las obligaciones contractuales" que se contiene en el art. 149.1.8.^a C.E. no depende en modo alguno de la circunstancia de que en el ordenamiento español preconstitucional existan en las Compilaciones normas sobre contratos divergentes de las del Derecho estatal; b) Porque, aunque sea cierto que la divergencia indicada suponga una falta de uniformidad, de la que se derive que la uniformidad no es un elemento componente de la noción de "base de las obligaciones contractuales", tal noción no tendría por qué ser asumida en la interpretación del Derecho vigente, y menos todavía a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, que en varias sentencias ha venido a subrayar la importancia de la idea de uniformidad en la formación de las bases de las obligaciones contractuales (85).

(83) BERCOVITZ, R., "Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8.º de la Constitución", *Competencias en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1989, p. 109.

(84) LACRUZ, *Elementos*, I, vol. I, *cit.*, ed. revisada y adicionada por DELGADO, 1988, p. 114.

(85) A este respecto puede verse el estudio que sobre la noción de "bases de las obligaciones contractuales" en la doctrina constitucional ha realizado SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución*, Madrid, 1991, pp. 27-38.

La competencia de las Comunidades Autónomas para el desarrollo de las bases de las obligaciones contractuales del Derecho del Estado, es cuestión muy distinta de la relativa a la posibilidad de atribuir el concepto de *bases* a preceptos reguladores de las obligaciones contractuales contenidos en las Compilaciones o en otras leyes de Derecho foral. Sin embargo, ambas cuestiones se confunden. Acaso la raíz de esta confusión se encuentra en el hecho de no estar delimitada con precisión en los Estatutos de las Comunidades Autónomas la competencia que la Constitución confiere al legislador autonómico en el *ámbito foral*, para la *conservación* del Derecho civil propio (ap. primero del art. 149.1.8.^a C.E.) y la que le atribuye en el *ámbito estatal* de las bases de las obligaciones contractuales (ap. segundo del art. 149.1.8.^a C.E.), donde siendo exclusiva la competencia legislativa del Estado se otorga al legislador autonómico una competencia limitada al *desarrollo* de las bases.

167

La confusión apuntada puede explicar las dificultades que supone la adopción de una postura doctrinal exenta de reparos. En este sentido cabe citar el ponderado planteamiento que sigue SÁNCHEZ GONZÁLEZ. Indica esta autora que una posible solución al problema planteado podría ser la siguiente: “La atribución al Estado de competencia exclusiva para la regulación de las bases de las obligaciones contractuales no impide la vigencia de los preceptos forales actualmente existentes que merezcan tal consideración de base, pero cualquier cambio legislativo que en un futuro se produzca con relación a los mismos, habrá de ser realizado por el Estado, quedando sustraído a la competencia de las Comunidades Autónomas”. Más adelante esta autora advierte: “Esta posible solución no está exenta de problemas: de un lado, se trata claramente de una solución de compromiso, en la medida de que con ella se trata de compatibilizar el pleno respeto a los Derechos forales con la competencia exclusiva del Estado sobre la determinación de las bases. Por otro lado, podría crear un régimen transitorio de difícil

aplicación en la práctica. Podría suponer la conservación temporal de estas «bases» en los textos de las respectivas Compilaciones, pudiendo el Estado legislar sobre las mismas e, incluso, unificarlas en relación con las restantes «bases» del Derecho común”. Por otra parte, añade que “también puede entenderse que *el respeto de la Constitución hacia los Derechos forales no tiene carácter absoluto*”. Y en este sentido recuerda la sentencia del TC de 6 de febrero de 1984 que “consideró que Navarra era una Comunidad como cualquier otra, y que no existía razón alguna para dudar de la aplicación, en esta Comunidad Autónoma, de la Ley estatal por la que se reformó el Código civil en materia de disolución del matrimonio (Ley de 7 de julio de 1981), y ello, a pesar del principio de unidad familiar que rige en el Derecho foral navarro” (86).

168

A la misma cuestión se ha referido también ARCE JANÁRIZ. Dice este autor: “Algunos Derechos civiles forales, el navarro, el catalán y el aragonés, contienen regulaciones en materia contractual. Depende del alcance de la competencia estatal la subsistencia de tales regulaciones en las Compilaciones, una vez regionalizadas. Si las parcelas aludidas más arriba se consideran integradas en el círculo interior de las bases, la normación estatal precluiría y desplazaría la normación futura y presente de las Comunidades Autónomas. Pero a esto hay que añadir que la competencia autonómica en materia de Derecho civil descansa sobre el mantenimiento y conservación de los Derechos forales. Luego habría que conciliar dos previsiones contenidas en un mismo precepto: la que sustrae de la legislación civil estatal la normación de los Derechos civiles, forales o especiales, y la que atribuye al Estado las bases de las obligaciones contractuales. Entendidas éstas con amplitud, quedaría parcialmente depreciada la fórmula relativa a los Derechos forales, ya que en ellos hay regulaciones contractuales pero, de otra

(86) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Bases de las obligaciones contractuales*, cit., p. 33.

parte, la previsión referida a las bases se traduce en una regla especial que opera una vez trazado el reparto global del primer párrafo [apartado] del artículo 149.1.8.^a de la C.E., y por ello, so capa de la competencia autonómica para ocuparse de sus Derechos civiles, no pueden recortarse las competencias estatales más que lo que el propio texto constitucional las limita. En este caso el hecho de que haya regulaciones contractuales en algunas Compilaciones que puedan considerarse incluidas en el núcleo de lo básico no tiene fuerza suficiente para minimizar la competencia del Estado ... En virtud de la distribución competencial, la normación autonómica quedaría precluida y desplazada” (87).

La noción de “bases de las obligaciones contractuales” no ofrece un perfil definido en la doctrina del Tribunal Constitucional. Sin embargo, por considerar “imposible la definición precisa y apriorística de este concepto” (88), ha señalado algunas ideas rectoras acerca de dicha noción y de sus características esenciales. Entre esas ideas, cabe resaltar aquí, por su singular importancia, las siguientes.

Primera: “El concepto de bases, como delimitador de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, *es un concepto material y no formal*, y ello implica que no todo lo que el legislador estatal califica formalmente de base lo es necesariamente. Ciertamente es que corresponde al Estado determinar mediante Ley, como regla general, lo que ha de considerarse básico, esto es, el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias. Pero la definición completa de ese común denominador realizada por el legislador no vincula a este Tribunal que, como intérprete supremo de la Constitución, puede y, en su caso, debe someterla al correspondiente examen, con el fin de comprobar

(87) ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., pp. 144-145.

(88) Cfr. STC 32/1983, de 28 de abril (*Fundamento Jurídico III*). Citada por ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., pp. 139-140.

si la uniformidad básica establecida es consecuente o no con la finalidad objetiva perseguida al reservar al Estado la competencia para fijar bases en una determinada materia” (89).

Segunda: “Las bases a las que han de sujetarse las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias pueden estar contenidas tanto en normas posteriores a la Constitución como en normas preconstitucionales. Por ello, en el caso de que no exista legislación postconstitucional sobre la materia, dichas Comunidades deberán respetar no sólo los principios que inmediatamente se deriven de la Constitución, sino también los criterios básicos que racionalmente se infieran de la legislación estatal vigente ...” (90). Respecto a las normas anteriores a la Constitución como sede posible de bases de las obligaciones contractuales el TC precisa: “No cabe dar por supuesto el carácter básico de la legislación estatal preconstitucional aplicable, sino que es necesario revisar dicha legislación con el fin de determinar lo que puede constituir el común denominador normativo” (91).

Tercera: “Aun cuando, por su carácter estable y no coyuntural, las bases han de establecerse en leyes, especialmente tras la entrada en vigor de la Constitución, excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas con rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases” (92). La consideración de normas de rango no legal como básicas tiene carácter excepcional. En este punto el TC ha establecido la siguiente precisión: “Es cierto que este Tribunal ha admitido que una competencia ejecutiva

(89) STC (Pleno) 48/1988, de 22 de marzo. *Fundamento Jurídico* III, d. Ponente: Excm. Sra. D.^a Gloria Begué Cantón, *Jurisprudencia Constitucional*, T. XX, p. 541-542.

(90) STC 48/1988. *Fundamento Jurídico* III, b (p. 541).

(91) STC 48/1988. *Fundamento Jurídico* VI (p. 547).

(92) STC 48/1988. *Fundamento Jurídico* III, c (p. 541).

puede ser calificada de básica por su transcendencia en todo el territorio nacional y su incidencia en los fundamentos mismos del sistema normativo (STC 32/1983). Sin embargo, esta posibilidad es una excepción a la naturaleza normativa de lo básico, por lo que para que pueda admitirse como adecuada al sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias la calificación como básicas de facultades de ejecución como las mencionadas, ha de verificarse por este Tribunal si resulta imprescindible su reserva al Estado para garantizar el cumplimiento en todo el territorio nacional de los objetivos queridos por el legislador, integrándose así como elementos esenciales del sistema creado por éste” (93).

5. Normas para resolver los conflictos de leyes.

Con esta expresión del apartado segundo del artículo 149.1.8.^a C.E. se atribuye al Estado “en todo caso” la competencia exclusiva sobre la legislación referente a los conflictos de leyes, tanto de Derecho internacional (entre el ordenamiento español y el de otros Estados) como de Derecho interregional (entre los diversos ordenamientos civiles coexistentes en el territorio nacional).

Ninguna duda ofrece la competencia exclusiva del Estado para dictar normas de solución de conflictos de leyes entre los diversos ordenamientos autonómicos. Dentro del Capítulo V del Título preliminar del Código civil, dispone el artículo 16.1: “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV” (con algunas particularidades a las que ahora es innecesario hacer referencia). Y el Capítulo IV versa, como dice su rúbrica, sobre “normas de Derecho internacional privado”. A estas normas y a la remisión a ellas del artículo

171

(93) STC 86/1989, de 11 de mayo. *Fundamento Jurídico VIII*. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis López Guerra. *Jurisprudencia Constitucional*, T. XXIV, pp. 71 y 94.

16.1 del C.c. se refiere el art. 149.1.8.^a C.E. al atribuir en todo caso a la competencia exclusiva del Estado las “*normas para resolver los conflictos de leyes*”. En Voto Particular a la STC 72/1983, de 29 de julio, los Magistrados Luis Díez-Picazo y Francisco Rubio Llorente dicen: “En el art. 149.1.8.^a de la Constitución hay una referencia clara a las «normas para resolver los conflictos de Leyes», que no son sólo las que constituyen el llamado Derecho internacional privado, que resuelve la colisión entre las Leyes españolas y las Leyes extranjeras, sino también las constitutivas del Derecho interregional, que resuelve los conflictos entre las diferentes leyes que se integran en el ordenamiento jurídico nacional español entendido en el sentido global. Por esto creemos que para determinar los efectos de una Ley del País Vasco sobre cooperativas hay que acudir a esas normas de Derecho interregional que en el actual Derecho positivo español se encuentran en el título preliminar del Código civil” (94). En cuanto a la cuestión de si tales normas son aplicables a materias distintas de la legislación civil, los autores del Voto Particular dan una respuesta afirmativa: “Es verdad que el art. 16 del Código Civil habla de coexistencia de distintas legislaciones civiles. Obedece ello, como es sabido, a que, en el momento de dictarse, el pluralismo jurídico existente en España era exclusivamente el de orden civil, lo que no impide la aplicación de las mismas normas a los conflictos determinados por la coexistencia de legislaciones de otro orden, dado que el sistema de Derecho interregional que allí se encuentra es el único existente en el Derecho español, prescindiendo del carácter común que se pudiera atribuir al Código Civil” (95). Por otra parte, en la citada Sentencia, que declara inconstitucional la Disposición

(94) STC (Pleno) 72/1983, de 29 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 201/1982. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant. Voto particular de los Excmos. Sres. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León y D. Francisco Rubio Llorente. *Jurisprudencia Constitucional*, T. VI, p. 435.

(95) *Jurisprudencia Constitucional*, T. VI, p. 436.

Final primera de la Ley del País Vasco 1/1982, de 11 de febrero, sobre cooperativas, se declara (Fundamento Jurídico Quinto): “La actividad y relaciones instrumentales que las cooperativas lleven a cabo fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma plantea un problema de conflicto de Leyes para cuya solución hay que tener en cuenta, hasta que el Estado no dicte una Ley postconstitucional, lo dispuesto por el Código Civil en la materia” (96).

Ultimamente, el TC en las Sentencias 156/1993 y 226/1993 reitera la doctrina expuesta. La última de estas sentencias, con cita de la anterior, declara: “... la Constitución optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho Civil interregional ... , de modo que es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe, por consiguiente, el Estado regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts 14.1 y 16.1.1.^a del Código) y disponer, también, cuál sea la ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Es del todo claro, por ello, que las normas estatales de Derecho Civil interregional delimitarán el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España, delimitación para la cual no ofrece la Constitución, ciertamente, pauta o criterio positivo alguno” (97).

173

(96) *Jurisprudencia Constitucional*, T. VI, pp. 420 y 430.

(97) STC (Pleno) 226/1993, de 8 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 148/1991, promovido por la Diputación General de Aragón contra determinados incisos de los artículos 14 y 16 del Código civil, según redacción dada a los mismos por la Ley 11/1990, de 15 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis López Guerra. Voto particular del Excmo. Sr. D. Julio Diego González Campos. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 183 (Suplemento), p. 97 (*Fundamento Jurídico*, IV, párr. primero).

Si no deja lugar a dudas que el Estado tiene competencia exclusiva para dictar las normas de solución de los conflictos de leyes en el tráfico jurídico interregional, no resulta de todo punto claro el alcance con que se utiliza en el texto constitucional la expresión "*normas para resolver los conflictos de leyes*".

El problema que sobre el alcance de esta expresión del texto constitucional se plantea en la doctrina es si con ella se hace referencia sólo a las "*normas de conflicto*" en sentido estricto, o técnico, lo que permitiría admitir "la posibilidad de que leyes autonómicas, excepcionalmente, delimiten el ámbito territorial de aplicación de determinadas normas de su Derecho civil" (98).

174

GONZÁLEZ CAMPOS observa que el texto constitucional comentado no se refiere a "*normas de conflicto*" sino a "*normas para resolver los conflictos de leyes*" (99). Cabría entender que la expresión utilizada en el art. 149.1.8.^a C.E. se refiere, en principio, a todas las normas del Derecho internacional privado, tanto las *normas de conflicto* o normas *indirectas* (así llamadas en cuanto no contienen en sí una solución material a un conflicto de leyes) como las normas *directas*, así denominadas bien porque ofrecen una solución material configurada por el legislador para un supuesto concreto en un ámbito de aplicación determinado, bien porque necesariamente han de aplicarse al supuesto de hecho contemplado en las mismas.

Apuntan a una interpretación amplia de la competencia del Estado en la regulación de los conflictos de leyes en el tráfico interregional las consideraciones que sobre el tema expone ARCE JANÁRIZ. Dice este autor: "Entiendo la expresión «conflictos de leyes» como denominación de los problemas de determinación del Derecho aplicable, que llega a la

(98) DELGADO ECHEVARRÍA, J., "Comentario al artículo 16 del Código civil", en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, p. 166.

(99) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., "Derecho internacional privado. Introducción", *Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1984, p. 193.

conclusión de que la competencia exclusiva del Estado no se limita tan sólo al dictado de normas de conflicto, sino que comprende también el de otros métodos de determinación del Derecho aplicable” (100).

En la misma dirección, con otros argumentos, se orienta el punto de vista mantenido por GONZÁLEZ CAMPOS. Se pregunta este autor si la facultad del Estado de dictar las normas para resolver los conflictos de leyes comprende “a todas las normas de Derecho internacional privado, directas o indirectas, o sólo a las segundas, las «normas de conflicto», tradicionalmente vinculadas con la solución de los «conflictos de leyes»”. Se refiere a los varios argumentos expuestos en favor de una interpretación restrictiva de las facultades del Estado en la reglamentación de los conflictos internos, y formula seguidamente su opinión de que tales argumentos no pueden ser acogidos. Por varias razones. “En primer término —y fundamentalmente—, porque la expresión «normas para resolver los conflictos de leyes» del artículo 149, 1, 8.^a de la Constitución por su misma generalidad impide que pueda acogerse una interpretación de carácter restrictivo, basada únicamente en una simple concepción doctrinal del Derecho internacional privado, hoy superada. En segundo lugar, porque la existencia de «normas materiales especiales» en las Compilaciones no es un dato concluyente; pues no cabe olvidar el hecho de que éstas (salvo el caso singular de la Compilación de Navarra) fueron establecidas mediante Ley aprobada por las Cortes, de manera que son legislación del Estado. Finalmente, tal interpretación restrictiva carece de apoyo en los antecedentes legislativos constitucionales, ya que ... se reconoció de modo general desde la adopción del Código civil que «los conflictos internos» debían ser objeto de una reglamentación «uniforme» para todo el territorio español, lo que sólo puede lograrse atribuyendo al Estado y no a las Comunida-

(100) ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., p. 203.

des Autónomas una competencia exclusiva en esta materia". Considera GONZÁLEZ CAMPOS que estos argumentos parecen concluyentes en buena interpretación del texto constitucional, y, a renglón seguido, añade: "Pero no menos evidente resulta, en contrapartida, que en muchos casos será difícil al legislador de una Comunidad Autónoma, llegado el momento de modificar o desarrollar su propio Derecho civil, foral o especial, prescindir de forma absoluta de la extensión en el espacio del derecho material vigente en esa Comunidad, mediante normas materiales «autolimitadas»; en efecto, si se eliminase ese extremo, ciertas instituciones forales podrían verse desnaturalizadas. Por ello, no parece que vulnere el artículo 149, 1, 8.^a, de la Constitución el admitir que, siempre que la misma naturaleza de la institución foral lo justifique y de acuerdo con la tradición histórica de ese ordenamiento, pueda el legislador de una Comunidad histórica determinar el ámbito de aplicación espacial del propio Derecho material, foral o especial, a la par que modifica o desarrolla éste; debiendo excluirse tal facultad, en cambio, respecto de otras normas directas, ya se trate de normas materiales especiales o de normas materiales imperativas" (101).

Existen ciertamente en algunas legislaciones de Derecho civil foral o especial normas que delimitan su propio ámbito territorial de aplicación. Así, cabe citar, por ejemplo: a) En la Compilación del Derecho civil de Aragón, que se adopta e integra en el ordenamiento jurídico aragonés por Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, los arts. 94.1 (testamento mancomunado entre cónyuges aragoneses) y 136 (sucesión intestada a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza); b) En la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, las

(101) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Derecho internacional privado*, Vol. I, P. ABARCA JUNCO y OTROS, U.N.E.D., Madrid, 1.^a ed., 1988, pp. 54-56.

Leyes 148 (ley aplicable a las donaciones y actos de disposición *mortis causa*), 200 (testamento de hermandad), 253 (usufructo de fidelidad en favor del cónyuge sobreviviente), 452 (derecho de retracto sobre inmuebles sitos en Navarra), 500 (rescisión por lesión de los contratos en los que ambos o uno de los contratantes tenga vecindad foral navarra). Se encuentran en la doctrina referencias a otros ejemplos de normas de las Compilaciones preconstitucionales de Vizcaya y Alava (hoy sustituida por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, de Derecho civil foral del País Vasco) y de Cataluña (modificada por el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio del Departamento de Justicia de la Generalidad, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, y por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña: Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña). Actualmente han perdido interés los ejemplos de normas que están derogadas en la legislación del Derecho civil propio del País Vasco y de Cataluña. Siguen teniendo interés para nuestro tema los ejemplos indicados de las legislaciones de Aragón y de Navarra.

177

Las normas citadas de estas últimas Compilaciones en las que se contiene la delimitación de su propio ámbito territorial de aplicación, consideradas como normas de Derecho interregional, no son, en principio, incompatibles con las normas de solución de conflictos de leyes internos cuya competencia legislativa corresponde con carácter exclusivo al Estado conforme a lo dispuesto en el art. 149.1.8.^a C.E. Para explicar el alcance preciso de esta proposición me parece útil, además de convincente, el razonamiento que emplea ARCE JANÁRIZ. Se refiere este autor a las causas que determinaron la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Final primera de la Ley vasca de cooperativas por la STC 72/1983, de 29 de julio. La Disposición Final primera de la Ley vasca de cooperativas era una norma que delimitaba el ámbito de aplicación de la Ley a

la que pertenecía. A la vista de este precedente el autor citado se pregunta si han de seguir la misma suerte, es decir, si han de considerarse inconstitucionales las normas de delimitación del ámbito espacial de aplicación que se contienen en algunas Compilaciones. Y a dicha pregunta da esta respuesta: “La disposición retenida, ciertamente, delimitaba el ámbito de aplicación de la Ley, pero al hacerlo, y este es el dato relevante, introducía un factor de interregionalidad —«con independencia de su ámbito territorial de aplicación»— mediante el cual la Ley vasca podría imponerse sobre las leyes de otras Comunidades Autónomas, las del lugar de actuación de las cooperativas. Puede decirse, entonces, que lo que hacía inconstitucional a la disposición no era tanto que delimitase el ámbito de aplicación de la Ley vasca como que introdujese un factor de interregionalidad” (102). De aquí se deduce, como indica el mismo autor, que el legislador autonómico puede delimitar el ámbito de aplicación de sus normas unilateralmente pero, al hacerlo, no puede introducir un factor de interregionalidad, ya que en tal caso se convertiría en una norma reguladora del tráfico jurídico interregional cuyo establecimiento es competencia exclusiva del Estado.

El razonamiento expuesto parece formalmente intachable. Sin embargo, la aplicación concreta que hace el citado autor a determinadas normas de las legislaciones forales que delimitan su propio ámbito de aplicación resulta discutible. Por ejemplo, no se comprende por qué el art. 94 de la Compilación aragonesa, según el cual “los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón”, se haya de considerar como un tipo de norma que se sustrae a la regla de competencia exclusiva del Estado en las normas que resuelven los conflictos de leyes, a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.8.^a C.E. La norma del art. 94 de la Compilación de Aragón responde al postulado del art. 16.1.1.^a

(102) ARCE JANÁRIZ, *Constitución*, cit., pp. 206-207.

del C.c., conforme al cual en los conflictos de leyes internos “será ley personal la determinada por la vecindad civil”.

En definitiva, entiendo que el único límite que existe para la validez y eficacia de normas de las legislaciones forales que establezcan su propio ámbito de aplicación es el de que en ellas se introduzca una alteración del principio de *“un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles que coexisten en España”*, según ha declarado el Tribunal Constitucional en las Sentencias 156/1993 (*Fundamento Jurídico III*) y 226/1993 (*Fundamento Jurídico IV*).

Estas dos Sentencias tienen en el tema de que tratamos una importancia que no dudo en calificar de fundamental.

La STC 156/1993, de 6 de mayo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra los artículos 2, párr. 1.º, y 52 del Texto Refundido de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares (103). Por lo que importa a nuestro tema el párrafo primero del art. 2.º del citado Cuerpo legal dispone: “Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y *serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil*. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas”. El pasaje en cursiva es la parte del precepto que se impugna y que en el fallo de la Sentencia se declara anti-constitucional.

179

La fundamentación jurídica de esta parte de la Sentencia es extensa. Trataré de resaltar aquellos pasajes de los Fundamentos Jurídicos que se pueden considerar más directamente determinantes del fallo de inconstitucionalidad.

(103) STC (Pleno) 156/1993, de 6 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 2401/1990, promovido por el Gobierno de la Nación contra el artículo único del Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear, en la medida en que da redacción a los artículos 2, párrafo primero, y 52 de dicho cuerpo normativo. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 127 (Suplemento), pp. 85-95. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra.

1) En el segundo de los Fundamentos Jurídicos el TC acota el tema de enjuiciamiento en los siguientes términos: “Para situar los términos del enjuiciamiento que sigue basta con constatar, sin embargo, que el precepto impugnado afecta al régimen de determinación de la vecindad civil, vecindad que constituye criterio para apreciar la sujeción a cualquiera de los regímenes jurídico civiles coexistentes en el territorio nacional y punto de conexión, así, para la identificación de la «ley personal» en los conflictos de leyes que surjan de aquella coexistencia (arts. 14.1 y 16.1, 1.º, del Código Civil)”. Y seguidamente añade: “b) Lo que queda dicho permite ya identificar con precisión cuál sea la norma constitucional que, dentro del art. 149.1.8.º, ha de resultar medida de validez de la impugnada. Aunque unas partes y otras han argumentado, sobre todo, a partir de la norma que atribuye al Estado, en aquel precepto, competencia exclusiva para la adopción de las «reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», es lo cierto que *el precepto constitucional de referencia ha de ser aquí, por más preciso y ajustado al objeto de la norma impugnada, el que, en el mismo art. 149.1.8.º, afirma la competencia estatal, también exclusiva, en orden a «las normas para resolver los conflictos de leyes».* La disposición impugnada afecta, sin duda, a la vecindad civil y al constituir ésta, según se recordó, punto de conexión para la determinación del estatuto personal es claro que mediante aquélla se viene a incidir sobre un aspecto nuclear del Derecho interregional, sector éste del ordenamiento al que la norma constitucional se refiere (junto al Derecho internacional privado) con la expresión «normas para resolver los conflictos de leyes»” (104).

2) El TC establece en el tercero de los Fundamentos Jurídicos determinadas precisiones sobre la norma de la Constitución que ha sido vulnerada. Dice así: “Hemos de partir de la firme premisa de que la Constitución reserva a

(104) STC 156/1993, *Fundamento Jurídico* II, a) y b), (B.O.E., cit., p. 92).

la exclusiva competencia del Estado la adopción de las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8.º y STC 72/1983, Fundamento Jurídico 5.º), atribución competencial ésta cuyos contornos o límites no es preciso definir ahora de manera acabada, porque *no hay duda alguna de que se integra en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España.* La Norma fundamental —siguiendo en esto el precedente del art. 15.1.º de la Constitución republicana— optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme, de Derecho civil interregional, y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8.ª a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida «en todo caso» a la legislación del Estado”. Y a continuación la Sentencia afirma que el precepto impugnado altera la regla sobre la vecindad civil como punto de conexión: “Resulta obligado, siendo esto así, compartir el reproche que el recurso formula contra el art. 2 de la Compilación del Derecho civil de Baleares. En efecto, cabe estimar que al prescribir tal norma que ese ordenamiento sea aplicable a quienes residan en el territorio de la Comunidad Autónoma «sin necesidad de probar su vecindad civil» se está adoptando, sin sombra de duda, una regla cuyo objeto es la propia vecindad civil como punto de conexión para la determinación de la ley personal; cuando esta materia corresponde al legislador estatal, quien en el Derecho interregional ha basa-

do la aplicación de la ley personal en la noción de vecindad civil (art. 16.1.1.º del Código civil) y, a este fin, ha establecido un régimen legal específico de su adquisición y pérdida (arts. 14 y 15 del mismo Código). Esto es, se está regulando una materia por entero ajena, como hemos dicho, a las competencias autonómicas y en la que, por lo mismo, las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar —en su caso y si así lo exigiera la sistemática de la legislación— lo establecido en la normativa dictada por el Estado” (105).

3) Señala el TC los puntos en que el legislador autonómico ha invadido la competencia legislativa del Estado. Dice así: “El legislador balear, sin embargo, no lo ha hecho así (este párrafo enlaza con el transcrito anteriormente), pues lo establecido en el segundo inciso del párrafo primero de este art. 2 viene a otorgar a la «residencia» un valor presuntivo de la vecindad civil. Y al ser evidentes las diferencias que existen entre la mera residencia como noción de hecho y la vecindad civil en cuanto noción jurídica, así como entre el régimen de adquisición y pérdida de una y otra circunstancia personal, la consecuencia que se produce es tanto la alteración o modificación del régimen de la vecindad civil establecido en los arts. 14 y 15 del Código Civil ... como de lo dispuesto en el art. 16.1.1.ª del Código al determinar cuál es la ley personal aplicable a los conflictos interregionales”. Seguidamente la Sentencia señala las consecuencias que se derivan del modo de proceder del legislador autonómico: “A lo que cabe agregar, además, que también se producen otras consecuencias no menos importantes por haber basado el legislador balear tal presunción en la circunstancia de la mera residencia. En primer lugar, la quiebra de la unidad del sistema estatal del Derecho interregional va acompañada, correlativamente, de una disparidad respecto al ámbito

(105) STC 156/1993, *Fundamento Jurídico* III, párrafos 1.º y 2.º (B.O.E., cit., pp. 92-93).

de aplicación en el espacio de los distintos Derechos civiles coexistentes en España, ya que si la común conexión (del) art. 16.1.1.^a —la vecindad civil— asegura un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles, no ocurre otro tanto en el caso del Derecho civil balear, cuyo ámbito se amplía considerablemente en virtud de la disposición aquí impugnada, al introducir un punto de conexión distinto. Basta observar, en efecto, que el Derecho civil balear sería aplicable como ley personal no sólo a todos los residentes en el territorio de dicha Comunidad Autónoma sino también (en atención al criterio de la vecindad civil previsto en el art. 16.1.1.^a del Código Civil) a los no residentes en la Comunidad que ostenten la vecindad civil balear mientras que la aplicación de cualquier otro ordenamiento civil común o foral, coexistente en España, sólo se produce en virtud de la vecindad civil del interesado. En segundo lugar, y centrándonos en la aplicación del Derecho civil balear como ley personal por la residencia en esa Comunidad, preciso es admitir que la facilidad para adquirir o perder la mera residencia entraña, por sí misma, la posibilidad de que la legislación balear resulte aplicable sin que el interesado tenga su centro de vida o arraigo suficiente en el territorio de dicha Comunidad. Lo que indudablemente afecta de modo negativo a la estabilidad y permanencia que tradicionalmente se ha considerado que son inherentes a la ley personal, dadas las materias que ésta rige según el art. 9.1 del Código Civil («la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte»). Siendo de observar, al respecto, que la adquisición de la vecindad civil precisa una residencia «continuada» de dos o diez años, según medie o no expresa declaración por el interesado, e inscrita en el Registro civil, favorable al cambio de vecindad (art. 14. 5 del Código Civil). Por lo que cabe concluir, en definitiva, que el régimen legal de la vecindad civil establecido en la normativa estatal resulta así alterado por la regla aquí impugnada, y con ello se violen-

ta la unidad del régimen jurídico relativo al punto de conexión determinante de la ley personal en los conflictos interregionales; unidad de régimen que, como hemos dicho, ha sido inequívocamente establecida por el artículo 149.1.º de la Constitución” (106).

Como conclusión de lo expuesto el TC declara que se impone la declaración de inconstitucionalidad del precepto en su inciso “y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil” del art. 2, párrafo 1.º, de la Compilación del Derecho civil de Baleares (107).

La STC 226/1993, de 8 de julio, a la que se ha hecho referencia en páginas anteriores, desestima el recurso promovido por la Diputación General de Aragón contra los artículos 14.3, párrafo 1.º, inciso final, y 16.3, párrafo 1.º, inciso final, ambos del Código civil, según redacción dada por Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

El art. 14.3, párr. 1.º, dispone: “Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieran distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento; y, *en último término, la vecindad de Derecho común*”. Esta regla final es la primera de las impugnadas en el recurso.

El art. 16.3, párr. 1.º del C.c. establece: “Los efectos del matrimonio entre españoles se regirán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, *en su defecto, por el Código Civil*”. Este último inciso del párrafo primero del art. 16.3 es la segunda de las reglas impugnadas en el recurso.

(106) STC 156/1993, *Fundamento Jurídico* III, párrafos 3.º y 4.º (B.O.E., cit., p. 93).

(107) STC 156/1993, *Fallo* (B.O.E., cit., p. 95).

No cabe entrar aquí en el relato de los antecedentes y en la argumentación que han seguido las partes (Diputación General de Aragón y Abogacía del Estado) en sus contrarias posiciones. Me limitaré a exponer en síntesis la parte de los Fundamentos Jurídicos que, como más relevantes, han determinado la desestimación del recurso. El contenido de la fundamentación jurídica de esta Sentencia se podría concretar en los siguientes puntos.

Primero. La Sentencia reafirma la doctrina constitucional expuesta en la citada STC 156/1993, y en este sentido, parte de la firme premisa de que la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las “normas para resolver los conflictos de leyes” (art. 149.1.8 C.E.). La Constitución optó, inequívocamente por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional, de modo que es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas (F. J. IV, párrafo 1.º).

185

Segundo. Las Cortes Generales han de establecer, sólo ellas, las normas de Derecho civil interregional, pero no es esta una labor libre de todo vínculo o límite constitucional, por lo mismo que a través de ella se define cuál sea la proyección propia de cada ordenamiento civil y en última instancia, un elemento de capital importancia para la efectiva realización de las competencias autonómicas en este campo. El primero y más importante de estos límites en nuestro sistema de resolución de conflictos de leyes, en el que no existe preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión, es el siguiente: Los puntos de conexión para determinar la sujeción personal a un Derecho u otro (la vecindad, en nuestro caso) han de fijarse, en principio y en tanto sea posible, según circunstancias abstractas o neutras y lo mismo cabe

exigir, con igual salvedad, respecto a los criterios utilizados por las normas de conflicto del art. 16 del C.c. Se preserva de este modo en palabras de la STC 156/1993 “un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles que coexisten en España (Fundamento Jurídico 3.º)” (F.J. IV, Párrafos primero y segundo).

186 **Tercero.** Es razonable que un sistema de Derecho interregional no se base exclusivamente en remisiones y conexiones abstractas y neutrales, pues no es en modo alguno descartable que tales técnicas —aseguradoras de una aplicación indistinta de todos los ordenamientos civiles— no ofrezcan, en determinados supuestos, la solución clara y cierta que demanda, inexcusablemente, la seguridad del tráfico, hipótesis en la cual puede y debe el legislador (el legislador estatal, entre nosotros) designar directamente cuál sea la específica vecindad civil que corresponde al sujeto y cuál, también, el concreto Derecho aplicable en caso de conflicto. Una solución de este género no merece, en sí misma, tacha alguna de inconstitucionalidad, siempre que la misma se articule, claro está, como cláusula final o “de cierre”, esto es, siempre que la norma estatal remita al ordenamiento civil común o atribuya la vecindad también común, luego de haber establecido, tanto en una hipótesis como en otra, conexiones y criterios abstractos y en previsión, por lo tanto, de que los mismos no aporten la solución segura aquí exigible. El legislador debe intentar apurar, hasta donde no padezca la seguridad jurídica, la técnica de las remisiones y conexiones abstractas y neutrales, y el equilibrio entre una y otra exigencia —la de la propia seguridad y la de la aplicación indistinta de unos Derechos y otros— se ha de alcanzar, ante todo, mediante la ponderación que debe hacer precisamente la ley” (F. J. IV, párrafo segundo).

Cuarto. La Ley 11/1990, en los arts. 14 y 16 del C.c, procuró, como proclama su título, suprimir la desigualdad por razón de sexo que resultaba de la anterior redacción del primero de aquellos preceptos y, en concreto, la atribu-

ción a la mujer casada de la vecindad civil de su marido: “La mujer casada —decía el art. 14.4— seguirá la condición jurídica del marido”. El precepto dispone ahora, en lo que aquí interesa, que “el matrimonio no altera la vecindad civil”. La remoción legal de aquella discriminación hizo nacer dos problemas, resueltos precisamente por las reglas en las que se insertan los incisos impugnados.

A) El primero de dichos problemas era el de la determinación de la vecindad civil del hijo de padres que la tengan distinta, supuesto en el que resulta inaplicable la regla general del art. 14.2, según la cual “tienen vecindad civil en territorio de Derecho común, o en uno de los de Derecho especial o foral los nacidos de padres que tengan tal vecindad”. El art. 14.3 dispone, ante tal hipótesis, dos remisiones abstractas y una regla residual o “de cierre”: se atribuye al hijo la vecindad del progenitor cuya paternidad se determinó antes; en defecto de este criterio la correspondiente al lugar del nacimiento; y sólo en último término “la vecindad de Derecho común”, remisión, ésta última, que es la impugnada por la Diputación General de Aragón.

B) En cuanto a los efectos del matrimonio entre españoles de distinta vecindad civil —tal es el segundo de los problemas que derivan de esta igualación entre sexos—, el art. 16.3 remite a “la ley española que resulte aplicable según los criterios del art. 9” y “en su defecto” al C.c. Al margen de la hipótesis de que ambos cónyuges tuvieran la misma ley personal al tiempo de contraer matrimonio, los criterios aquí sucesivamente aplicables antes de que llegue a entrar en juego el llamamiento al C.c. son los siguientes: 1) la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos en documento otorgado antes de la celebración del matrimonio y 2) a falta de tal elección, la ley de la residencia habitual común inmediata posterior a la celebración (art. 9.2, párr. 1.º). Resulta pues —como advierte el Abogado del Estado— que la remisión final al C.c. sólo será operativa en la hipótesis de que, fal-

tando la elección de los cónyuges en favor de la vecindad de cualquiera de ellos, el matrimonio se haya celebrado fuera de España y cuando los cónyuges, además, tengan su residencia habitual también en el extranjero. Estima el órgano actor, con todo, que también esta última cláusula “de cierre” es contraria a la Constitución (F.J. V, párr. 1.º y 2.º).

Quinto. El Tribunal no puede compartir los reproches que el recurso formula contra los incisos impugnados ... Para descartar la tacha de inconstitucionalidad expuesta en la demanda basta con apreciar que el legislador estatal no ha incurrido, al dictar los incisos finales de los arts. 14.3 y 16.3, en una manipulación o tergiversación arbitraria —a fin de extender un Derecho a costa de otros— de los criterios para la atribución de la vecindad civil, en el primero de tales preceptos, y para la resolución, en el segundo, del supuesto de tráfico interregional allí previsto, sin que tampoco estemos ante una designación inmediata e inflexible —sino en último grado o “residual”— de la vecindad civil y del Derecho civil comunes ... Uno y otro llamamiento, al Código civil o a la vecindad de Derecho común, se presentan, de otra parte, como cláusulas “de cierre”, esto es, tan sólo para el supuesto de que las remisiones y conexiones que la Ley dispone no lleven a una clara atribución o a una determinación, también precisa, del ordenamiento —cualquiera de los que coexisten en España— que deba regular los efectos del matrimonio (F.J. V, párr. 2.º).

Sexto. “Son acaso concebibles otras posibles formulaciones de los preceptos parcialmente impugnados y, en concreto —como el recurso arguye— criterios adicionales, y todavía previos, antes de concluir en la atribución de la vecindad de Derecho común o de remitir la regulación de los efectos del matrimonio a lo dispuesto en el Código Civil. Pero el que así sea nada argumenta, como ya apuntamos, en contra de la constitucionalidad de estas reglas”. “Siendo esto así, es preciso recordar que el control jurisdic-

cional de la Ley nada tiene que ver con su depuración técnica ni puede dar lugar, tampoco, a la constricción absoluta, en supuestos como el presente, del ámbito de libre configuración del legislador. Le corresponde a éste —las Cortes Generales aquí— la ponderación de la doble exigencia, antes expuesta, de garantizar una aplicación indistinta de los varios ordenamientos civiles coexistentes y de preservar también la certeza en el tráfico privado interregional, mediante el recurso cuando así se estime preciso, a cláusulas “de cierre” como las impugnadas en este recurso. Una ponderación de ese género es la que reflejan —cualquiera que sea su acierto técnico— las reglas impugnadas y basta con constatarlo así para rechazar el recurso de inconstitucionalidad” (F.J. V, párr. 3.º).

El Magistrado D. Julio Diego González Campos en su Voto Particular afirma: “otras soluciones eran posibles y, en todo caso, correspondía al legislador estatal el buscar las más apropiadas para que quedase garantizada la exigencia contenida en el art. 149.1.8.ª C.E. de un igual ámbito de aplicación de los diferentes ordenamientos civiles coexistentes en España. Lo que me lleva a estimar que el legislador estatal no ha tenido en cuenta este límite constitucional y, consiguientemente, que era obligado declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, impugnados por la Diputación General de Aragón; suprimiendo así una injustificada preferencia en favor de la vecindad civil común y el llamado Derecho Civil Común, al igual que el propio legislador estatal hizo respecto a la primera en la ley 18/1990, de 17 de diciembre”.

6. Determinación de las fuentes del Derecho, con respecto a las normas de Derecho foral o especial.

La indicación de las materias cuya competencia corresponde al Estado “en todo caso”, se concluye en el texto del apartado segundo del art. 149.1.8.^a C.E. con una referencia a la *determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*.

Constituye esta parte final del art. 149.1.8.^a C.E. el pasaje acaso más oscuro de la norma y el que ha dado lugar a más radicales discrepancias en la discusión sobre el ámbito de competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil.

190 La competencia exclusiva del Estado que se establece en el apartado primero de la norma comentada se viene a subrayar con trazo firme al afirmar que dicha competencia exclusiva del Estado le corresponde “*en todo caso*” sobre las materias que en este apartado segundo se enuncian, entre las que figura en último término la *determinación de las fuentes del derecho*, si bien “*con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*”. El carácter omnicompreensivo que domina el tenor literal de esta segunda parte del precepto parece perder su inicial gravedad con esta última referencia.

Cierra esta referencia final del texto comentado una aparente contradicción: si el Estado tiene en todo caso competencia exclusiva en la determinación de las fuentes del Derecho, el *respeto* a las normas de Derecho foral o especial (en materia de fuentes) viene a neutralizar el principio de competencia exclusiva —y excluyente— del Estado sobre la determinación de las fuentes del Derecho. Claro es que esta apreciación que a primera vista produce la lectura de la proposición final del texto que comentamos está determinada por el hecho de que cualquier pasaje de la norma está literalmente referido a la *legislación civil*. En este contexto

y, en particular, en el punto que analizamos, no es extraño que aparezcan como términos de contraposición el *Derecho civil general* del Estado y el *Derecho civil especial* de las Comunidades Autónomas.

En dos ocasiones, a lo largo de este estudio, me he referido a la circunstancia de que en el art. 149.1.8.^a C.E. se tratan materias que no son en sentido estricto y propio Derecho civil y que, a semejanza de lo que ocurre en el Título preliminar del Código civil, importan a todo el ordenamiento jurídico. Este aspecto del amplísimo campo de eficacia normativa del art. 149.1.8.^a C.E. no ha pasado inadvertido a algunos autores. Así, nos encontramos con el hecho de que, como indica LASARTE, “la Constitución entiende que el tema de las *fuentes del Derecho* es una materia integrada en el *Derecho civil*” (108), aunque es obvio que afecta de modo general a todos los sectores del ordenamiento general del Estado, por lo que su interpretación no se debe confinar dentro de los límites de la contraposición entre *Derecho civil común* y *Derechos civiles forales*.

En esta perspectiva cabe entender que los redactores del art. 149.1.8.^a C.E. al tratar de la determinación de las fuentes del Derecho y establecer el respeto a las normas del Derecho foral o especial pensaban en introducir una excepción no ya sólo y precisamente al sistema de fuentes del *Derecho civil común* sino, en términos generales, al *sistema de fuentes del Derecho del Estado*, que no se circunscribe, como es bien sabido, a la enumeración y jerarquía de fuentes del artículo 1.º del Código civil.

Al planteamiento que se acaba de esbozar responde alguna de las varias opiniones que se han mantenido en torno al difícil problema de interpretación que plantea la parte final del precepto constitucional que estudiamos.

La principal cuestión a la que se trata de dar respuesta en la doctrina es la de si el legislador autonómico es com-

(108) LASARTE, *Autonomías y Derecho privado*, cit., p. 147.

petente en materia de fuentes del Derecho. Y como un aspecto implícito en esta cuestión se tendrá que precisar si tal competencia se refiere a todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial o, diversamente, sólo a aquellas que al promulgarse la Constitución contaban, como es el caso de Aragón y Navarra, con un sistema de fuentes propio.

192 LASARTE mantiene la siguiente opinión: “A mi juicio, el *respeto a las normas de derecho foral o especial* ha de venir inspirado por la interpretación restrictiva, refiriéndolo por consiguiente sólo a aquellos derechos forales que en el momento de publicación de la Constitución conocían un sistema de fuentes diferente al establecido en el Título preliminar del Código civil”. Y más adelante precisa su postura en los siguientes términos: “En definitiva y como aparente paradoja, resulta que en relación con la llamada «legislación civil ... sobre determinación de las fuentes del Derecho», el Estado tiene competencia *exclusiva* siempre que incida sobre «materias» o «legislaciones» que puedan calificarse de *no civiles*. En cambio, respecto de los diversos regímenes *jurídico-civiles* coexistentes en España, la reserva de competencias no puede considerarse *en todo caso* como exclusiva, habiéndose de estar a lo ya dicho” (109).

Esta misma orientación es mantenida varios años después por AROZAMENA, cuya opinión se resume en estas dos observaciones: a) “Esta limitación a la competencia estatal, regirá para la determinación de las fuentes del Derecho Civil (en la medida en que deben respetarse las normas de derecho foral o especial), pero no opera para las fuentes del Derecho de los demás sectores del Ordenamiento Jurídico, respecto de los cuales el Estado ostenta competencia exclusiva en materia de determinación de las fuentes. El límite del precepto que estamos estudiando es en cuanto a los regímenes jurídico-civiles coexistentes en España, pero

(109) LASARTE, *op. cit.*, pp. 145 y 148.

no respecto de materias no civiles. Y es que la excepción que se comenta procede de una enmienda, para salvaguardar ... el hecho de que algunas compilaciones, contienen normas específicas al respecto que difieren en parte del Código Civil”; b) “La salvedad que se hace en el inciso final del art. 149.1.8.^a de respeto a las normas de derecho foral o especial, comprende la definición de un área competencial que puede ser asumida por las Comunidades Autónomas que en la actualidad cuentan con un sistema foral con normas propias de la determinación de las fuentes del Derecho (como es el caso de Aragón y Navarra). La cuestión es si los derechos forales que no cuentan con un sistema de fuentes diferente al establecido en el Código Civil pueden asumir competencias en materia de determinación de fuentes. Se ha sostenido por algunos civilistas ... una interpretación amplia que conduce a la conclusión de que las Comunidades con Derecho Civil propio podrán legislar para generar un sistema de fuentes propio. Me parece que tal interpretación no se compadece con el sentido del precepto, en inmediata relación con la enmienda que determinó su redacción” (110).

193

LACRUZ y DELGADO recuerdan que el art. 13 del C.c., al enunciar las materias del Título preliminar que son objeto de aplicación en toda España, nada dice de la disciplina de las fuentes. Y añaden: “Tampoco decía nada el proyecto de Constitución, y fue el informe de la ponencia el que reservó al Estado, entonces sin ninguna salvedad, «las reglas relativas a la determinación de las fuentes del Derecho», de donde se llegó, a consecuencia de enmiendas foralistas, a la redacción actual”. Para estos autores la excepción a la regla general de competencia del Estado “sólo puede significar que de la potestad legislativa del Estado quedan excluidas «las normas de Derecho foral o especial» sobre «determinación de las fuentes del Derecho», cuyas normas de Derecho

(110) AROZAMENA, *Competencia de las Comunidades Autónomas*, cit., p. 2189.

foral que el Estado debe respetar habrán de ser las dictadas en tema de fuentes por los órganos legislativos de las Comunidades autónomas”. Precisan su punto de vista con la siguiente explicación: “Si el Estado, por mandato constitucional, ha de respetar al determinar las fuentes del Derecho, las «normas de Derecho foral o especial», no se ve por qué habría de tributar respeto a las normas preconstitucionales compiladas mejor que a las que emanen de la Comunidad cuya es la competencia constitucional para la conservación, modificación y desarrollo de un Derecho civil foral o especial. El Estado no puede legislar sobre fuentes de los Derechos forales o especiales, pues haciéndolo violaría la competencia que la Constitución atribuye a la correspondiente Comunidad para la conservación, modificación y desarrollo; y, entonces, una de dos: o corresponde la competencia al respecto a la Comunidad autónoma, o ningún poder público tiene competencia para ello, lo que supondría la congelación por tiempo indefinido de un *statu quo* (distinto, por lo demás, para cada Derecho foral) en forma realmente anómala y difícilmente compatible con toda concepción moderna del Estado” (111).

Singular interés tienen, en mi opinión, las páginas que ha dedicado al tema ARCE JANÁRIZ. Hace este autor una detenida exposición de los antecedentes de la cláusula competencial que estudiamos y realiza un análisis comparativo de las normas de los diferentes Estatutos que se refieren al tema de las fuentes del Derecho. Entiende que sobre las normas estatutarias en las que se establece que “en la determinación de las fuentes del Derecho se respetarán por el Estado las normas de Derecho civil catalán” (art. 26.3 E.A.C) ... “... del Derecho civil gallego” (art. 38.3 E.A.G.), no puede basarse una competencia autonómica para determinar las fuentes de sus Derechos civiles respectivos. La

(111) LACRUZ, *Elementos*, I, Vol. I, 1988, ed. revisada y adicionada por DELGADO ECHEVARRÍA, pp. 116-117.

opinión de este autor se resume en tres conclusiones. *Primera.* A la pregunta de si es posible la normación autonómica en materia de fuentes responde afirmativamente. Es posible que las Comunidades Autónomas ostenten competencia en la determinación de las fuentes del Derecho. Para ello es suficiente que los Estatutos respectivos hayan asumido los poderes autonómicos de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, resultando innecesarias las previsiones estatutarias específicas en materia de fuentes. *Segunda.* La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fuentes existe en aquellas Comunidades que son competentes para conservar, modificar y desarrollar los respectivos Derechos civiles, forales o especiales. No es necesario —precisa— que en esos Derechos exista a su vez un sistema de fuentes civil, foral o especial. La existencia de Derecho civil, foral o especial, es presupuesto de las competencias que al amparo del artículo 149.1.8.^a y de las disposiciones estatutarias concordantes pueden asumir las Comunidades Autónomas y, por tanto, es presupuesto de la competencia autonómica en materia de fuentes. “Pero éstas no son presupuesto, sino posible contenido de competencia de las Comunidades Autónomas”. *Tercera.* La normación autonómica “no puede privar al Estado de la competencia exclusiva que tiene para la determinación de las fuentes del Derecho, lo que se traduce en el constreñimiento de la competencia de las Comunidades Autónomas al círculo interno de los Derechos civiles respectivos, correspondiendo al Estado con la misma exclusividad la determinación de las fuentes del Derecho y también del Derecho civil”. Distingue el autor entre el *sistema estatal de fuentes del Derecho en general* y el *sistema de fuentes del Derecho civil en particular*. El primero será aplicable en primer grado frente a todo tipo de Comunidad Autónoma. El segundo gozará de idéntica aplicación respecto de todo tipo de Comunidad Autónoma, pero de segundo grado respecto de Comunidades Autónomas

que puedan establecer su propio sistema de fuentes (112).

En esta perspectiva doctrinal las diferentes opiniones expuestas están muy claramente definidas. Por mi parte entiendo:

Primero. La competencia del Estado en la determinación de las fuentes del Derecho tiene un límite en el respeto que la Constitución impone a las normas sobre fuentes del Derecho de los ordenamientos civiles, especiales o forales.

Segundo. La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fuentes está implícita en la competencia que sobre conservación, modificación y desarrollo hayan asumido las Comunidades en sus respectivos Estatutos (art. 147.1,d, C.E.).

196 **Tercero.** La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fuentes del Derecho tiene un doble límite: 1) Se ha de proyectar sobre el *ámbito* del Derecho civil propio; 2) Ha de respetar el *sistema estatal de fuentes del Derecho* de aplicación general e inmediata, y el *sistema estatal de fuentes del Derecho civil común*, de aplicación como Derecho supletorio del Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas (art. 149.3 C.E.).

Las eventuales situaciones de conflicto que pudieran surgir por alteraciones en los diferentes sistemas de fuentes del Derecho de las Comunidades Autónomas tendrían un principio de solución en la norma del artículo 150.3 de la Constitución: “El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las *disposiciones normativas* de las Comunidades Autónomas, *aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas*, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad”.

(112) ARCE JANÁRIZ, *Constitución y Derechos civiles forales cit.*, pp. 148-162, esp. pp. 159-162.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, I, *Introducción y Parte general*, Vol. I, Barcelona, 1975; 12.^a ed., Barcelona, 1991.
— *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 5.^a ed., Barcelona, 1991.
- ALEGRE GONZÁLEZ, J., “Reflexiones en torno al Derecho interregional español”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, p. 53.
- ARCE JANÁRIZ, A., *Constitución y Derechos civiles forales*, Madrid, 1987.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., “El Derecho civil foral de Navarra en la Constitución y en el Amejoramiento del Fuero”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, p. 134.
- AROZAMENA SIERRA, J., “Competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil: art. 149.1.8.^a de la Constitución”, *Actualidad civil*, 1988-2, p. 2181.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil”, *Primer Congreso de Derecho vasco*, Oñate, 1983, p. 73.
— “Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149,1,8.º de la Constitución”, *Competencias en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1989, p. 98.
— “Comentario al artículo 13 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, I Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 150.
— “La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan”, *Derecho privado y Constitución*, Año 1, núm. 1, 1993, p. 15.
- BLASCO, A., “Sobre el concepto de competencias exclusivas”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 1981, p. 307.
- CARRIÓN OLMOS, S., *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1990.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, I, Vol. I, reimpresión de la 12.^a ed., revisada y puesta al día por J. L. DE LOS MOZOS, Madrid, 1986, pp. 294-387.
— *Derecho civil español, común y foral*, V, Vol. I, 12.^a ed., revisada y puesta al día por G. García Cantero y J. M.^a Castán Vázquez, Madrid, 1994.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “Notas para la historia de la reforma del Título preliminar del Código civil”, *Documentación Jurídica*, 1974, p. 137.

- “La génesis de la reforma del Título preliminar del Código civil”, *Revista de Derecho privado*, 1976, p. 3.
- CASTRO Y BRAVO, F. de, “La cuestión foral y el Derecho civil”, *Anuario de Derecho civil*, 1949, p. 1003.
- *Derecho civil de España, Parte General*, I, *Libro Preliminar, Introducción al derecho civil*, 3.^a ed., Madrid, 1955, pp. 232-303.
- CERDÁ GIMENO, J., “Balears ante el artículo 149.1.8.^a de la Constitución”, *Revista de Derecho privado*, 1982, p. 787.
- COCA PAYERAS, M., “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 88, 156 y 226 de 1993)”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, Núm. 2, p. 435.
- COSSÍO Y CORRAL, A. de, “El Derecho común y los derechos especiales en el nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título preliminar del Código civil*, Barcelona, 1976, p. 31.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., *El Derecho aragonés*, Zaragoza, 1979.
- “Los derechos civiles forales en la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, p. 323.
- “Comentario al artículo 16 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, p. 166.
- DORAL, J. A., “Prelación de fuentes en Derecho navarro”, *Anuario de Derecho civil*, 1979, p. 26.
- D’ORS, A., “Hacia un nuevo Derecho común”, *Estratto da M. Rotondi: Inchieste di Diritto Comparato* (Ed. CEDAM), Padova, 1973, p. 173.
- “De la «prudencia iuris» a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral” (1947), *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, C.S.I.C., Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1973, p. 55.
- “El regionalismo jurídico” (1972), *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 75.
- ELIZALDE Y AYMERICH, P. de, “El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía”, *Anuario de Derecho civil*, 1984, p. 389.
- FAUS Y ESTEVE, R., “La reforma de la Compilació del Dret Civil especial de Catalunya”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978, p. 775.
- FERNÁNDEZ, T. R., *Los derechos históricos de los territorios forales*, Madrid, 1985.
- FIGA FAURA, L., “El nuevo Título preliminar del Código civil y el Derecho catalán”, *Documentación Jurídica*, 1974, núm. 4, p. 1404.

- FUENMAYOR, A., "La interpretación comparativa del Código y de las Compilaciones civiles", *Estudios de Derecho civil en honor al Profesor Castán*, IV, Pamplona 1969, p. 377.
- "La revisión periódica del Código civil y de las Compilaciones forales", *Anuario de Derecho civil*, 1973, p. 215.
- GARCÍA AMIGO, M., "La competencia legislativa civil según la Constitución", *Revista de Derecho privado*, 1983, p. 435.
- GARCÍA CANTERO, G., "Para una interpretación del artículo 10, apartado 5, del Estatuto vasco", *Primer Congreso de Derecho vasco (La actualización del derecho civil)*, Oñate, 1983, p. 287.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, 1985.
- "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico", *Revista española de Derecho constitucional*, 1982, p. 63.
- GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español*, I, 9.^a ed., Madrid, 1982.
- GIL CREMADES, R., y OTROS, "Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Legislación civil", Ministerio para las Administraciones Públicas, Colección *Informes y Documentos*, Madrid, 1992.
- GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., "La ordenación de los registros e instrumentos públicos en la Constitución española de 1978", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, p. 1309.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., "Derecho Internacional privado, Introducción", *Universidad Autónoma de Madrid*, 1984.
- Tema II del Vol. I de ABARCA JUNCO y OTROS, *Derecho internacional privado*, pp. 31-58, U.N.E.D., Madrid, 1988.
- HERNÁNDEZ GIL, A., "Reflexiones sobre el Derecho Foral y la unificación del Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1955-I, p. 7.
- HERRERO DE MIÑÓN, M., "Marginales al nuevo Título preliminar del Código civil", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1974, p. 359.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., "El Congreso Nacional de Derecho civil de 1946", *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1958, p. 1.
- "Los derechos forales", *Estudios de Derecho civil*, 1958, p. 17.
- *Elementos de Derecho civil*, I, Vol. I, Nueva edición revisada y adicionada por J. DELGADO ECHEVARRÍA, Barcelona, 1988, p. 89.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "Comentario al artículo 1.6 del Código civil", *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones*

- forales, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, I, Vol. I, Madrid, 1992.
- *El sistema matrimonial español* (Reus), Madrid, 1983.
- *Introducción al Derecho civil español*, Valencia, 1991.
- *Curso de Derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Valencia, 1992.
- “Aplicación del Código civil como Derecho supletorio de otras leyes”, *Revista de Derecho privado*, 1976, p. 598.
- “Valor del Código civil como Derecho común después de la reforma del Título preliminar”, *Documentación Jurídica*, 1974, p. 1259.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991.
- LASARTE ALVAREZ, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980.
- *Principios de Derecho civil*, T. I, Madrid, 1992, p. 55.
- LÓPEZ JACOISTE, J., “La conservación de los regímenes forales y las leyes anteriores al Código civil (Notas sobre la discusión parlamentaria de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888)”, *Anuario de Derecho civil*, 1951, p. 182.
- “Constitucionalismo y codificación civil”, *Lecturas sobre la Constitución española*, II, U.N.E.D., Madrid, 1978, p. 581.
- LORENTE SANZ, J., “La modificación del Título preliminar del Código civil”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, Núm. 55 (1 de octubre de 1974), p. 46.
- LUCAS VERDÚ, P., “Penetración de la historicidad en el Derecho constitucional español. El art. 149.1.8.^a y la Disposición adicional primera de la Constitución”, *Primer Congreso de Derecho Vasco (La actualización del Derecho civil)*, Oñate, 1983, p. 19.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Del artículo 149.1.8.^a de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, *Derecho privado y Constitución*, Año 1, Núm. 1, 1993, p. 125.
- MASSOT MIQUEL, M., *El Derecho civil de Mallorca después de la Constitución*, Mallorca, 1979.
- MEILÁN GIL, J. L. y RODRÍGUEZ ARANA, F., “Derechos Forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas”, *Anuario de Derecho civil*, 1989, p. 19.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Aragón y su Derecho*, Zaragoza, 1978.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982.

- NAGORE YARNOZ, J., "La Compilación del Derecho civil o Fuero Nuevo de Navarra: su incidencia en el Derecho civil y en la práctica notarial", *Revista de Derecho Notarial*, 1975, p. 411.
- "Fueros navarros y Estatutos de Autonomía", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, p. 489.
- PEDEMONTE OLIVER, A., "Sobre los principios doctrinales del Derecho Foral catalán", *La Ley*, 1981, 4, p. 973.
- PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, 1981, pp. 116-128.
- ROCA TRÍAS, E., "El Código civil y los derechos nacionales, en especial, el Derecho civil catalán", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, p. 511.
- "El Código civil como supletorio de los derechos nacionales españoles", *Anuario de Derecho civil*, 1978, p. 227.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., "Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales", *Derecho privado y Constitución*, Año 1, Núm. 1, 1993, p. 151.
- "Competencias de los Parlamentos Autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8.^a de la Constitución", *Anuario de Derecho civil*, 1986, p. 1121.
- *Bases de las obligaciones contractuales*, Madrid, 1991.
- SERRANO GARCÍA, J. A., "La Comunidad Autónoma de Aragón y su Derecho civil foral", *Derecho privado y Constitución*, Año 1, Núm. 1, 1993, p. 177.
- "Panorámica del Derecho civil aragonés", *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, Núm. 123, 1991, p. 63.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A., "El futuro de los Derechos forales", *Estudios de Derecho civil*, II, Pamplona, 1978, p. 635.
- "El Derecho foral aragonés en la prelación de fuentes del Derecho mercantil", *Estudios de Derecho civil*, II, Pamplona, 1978, p. 9.
- "Significado de la Compilación del Derecho civil de Aragón", *Estudios de Derecho civil*, II, Pamplona, 1978, p. 19.
- SIMÓ SANTONJA, V. L., "El Derecho civil Foral de la Constitución de 1978", en *Estudios en homenaje al Prof. Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho*, Vol. II, Valencia, 1984, p. 973.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., "Reflexiones en torno al artículo 149.1.8.^a de la Constitución", *Documentación Jurídica*, 1981, p. 259.
- "La potestad normativa de las Comunidades Autónomas en orden a la conservación, modificación y desarrollo de los De-

rechos civiles forales o especiales”, *Estudios en homenaje al Prof. Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho*, Vol. II, Valencia, 1984, p. 1073.

— “Acerca de la autonomía de la persona en el Derecho civil español, diversificado en el estado de las autonomías: panorama general”, *Revista General de Derecho*, 1991, Núm. 561, p. 4765.

ZABALO ESCUDERO, M.^a E., “Notas a la sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo”, *Revista española de Derecho internacional*, Vol. XLV (1993), p. 529.

ASPECTOS NOTARIALES DE LA LEY DE FUNDACIONES

JOSÉ MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ

Notario

203

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES. **1.** Concepto de fundación. **2.** Requisitos de constitución de la fundación. **2.1.** *Elementos personales. Capacidad.* **2.2.** *Elementos reales.* **2.3.** *Requisitos formales.* **2.4.** *Requisitos de la escritura de constitución.* **2.5.** *Estatutos de la fundación.* **III.** LA VIDA DE LA FUNDACIÓN. **1.** La suspensión de los patronos. **2.** Administración y disposición del patrimonio. **2.1.** *Enajenación y gravamen de los bienes pertenecientes a la fundación.* **2.2.** *Herencias y donaciones.* **2.3.** *Actividades mercantiles de las fundaciones.* **3.** Contabilidad de la fundación. **IV.** MODIFICACIÓN, FUSIÓN Y EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN. **1.** La modificación de las fundaciones. **2.** Fusión de fundaciones. **3.** Extinción de las fundaciones. **V.** ALGUNAS NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN TRIBUTA-

RIO DE LAS FUNDACIONES. 1. Requisitos para disfrutar del régimen fiscal previsto. 2. Impuesto de Sociedades. 3. Tributos locales. 4. Aportaciones realizadas a las fundaciones. VI. LA ADAPTACIÓN DE LAS FUNDACIONES A LA NUEVA LEY. VII. LA LEY DE FUNDACIONES Y LAS FUNDACIONES AUTONÓMICAS. VIII. CONCLUSIONES.

I. Introducción

204

La Ley de Fundaciones que recientemente ha sido promulgada establece en su art. 7.2 que *“la constitución de la Fundación por acto «inter vivos» se realizará mediante escritura pública”*.

Esta norma es la culminación de un largo iter legislativo en el que la escritura pública ha ido poco a poco ganando su puesto como requisito *ad solemnitatem* en la constitución de fundaciones.

En la primitiva legislación sobre fundaciones, que arranca de la vieja Ley de Beneficencia de 1849 nada se decía al respecto por lo que la doctrina en general, aplicando en cierto modo por analogía, lo dispuesto para las sociedades en el art. 1.668 del Código civil entendió que la escritura sólo era requisito para la constitución de las fundaciones cuando se aportaran bienes inmuebles o derechos reales.

La realidad es, que al margen de la disposición legal, las fundaciones se constituían, en su gran mayoría, en escritura pública, ya en la partición de herencia que ejecutaba lo dispuesto por los testadores, que son los que, en épocas pasadas, constituían las fundaciones, ya en actos directamente fundacionales.

Fue el Reglamento de Fundaciones Culturales publicado en 1972 el que, por primera vez, y con carácter general,

introdujo la necesidad de la escritura pública cuando en su art. 6 estableció que “la carta fundacional se otorgará en escritura pública”. Desde el Reglamento todas las Leyes autonómicas que han ido publicándose (1) han recogido el requisito de la escritura pública que, como hemos visto, recoge también la reciente Ley.

Esta exigencia de la intervención notarial en la constitución de las fundaciones hace especialmente importante para nosotros Notarios el estudiar, con algún detenimiento, la Ley recientemente publicada, y me ha parecido que podría servir de ayuda a dicho estudio el hacer un comentario práctico de las normas legales, con la vista puesta, exclusivamente, en la actuación notarial.

Este es el objetivo de este trabajo que no trata, en absoluto, ni de criticar la Ley (2) ni estudiarla en profundidad, sino simplemente, destacar aquellos aspectos de la mis-

(1) Hasta hoy se han publicado las siguientes: Ley 1/1973 de 1 de marzo de Compilación del Derecho civil foral de Navarra; Ley 1/82 de 3 de marzo de la Generalitat de Cataluña; Ley de Régimen de las Fundaciones de interés gallego de 25 de junio de 1983; Ley 1/1990 de 29 de enero de Fundaciones Canarias y Ley 12/94 de 17 de junio de Fundaciones del País Vasco. En mi opinión ninguna de las Leyes autonómicas hace un esfuerzo por dar un concepto y tratamiento moderno a las fundaciones, tal vez con la excepción de la última, que es, a mi juicio, la mejor y más beneficiosa para las fundaciones al menos desde el punto de vista de su regulación civil.

(2) Por otra parte mi opinión sobre la Ley puede encontrarse en los trabajos que he realizado durante su largo período de gestación. Quien tenga interés en recoger datos para algún trabajo más profundo puede encontrar algunos materiales en: “Las Fundaciones” en *Actualidad Civil* 1987.1, págs. 1185 y siguientes. “Observaciones en torno a una futura ley de fundaciones”. Conferencia pronunciada en el curso homenaje a Francisco Manrique en el Colegio Notarial de Sevilla y publicada en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado* 1989, págs. 75 y siguientes. “Hacia una nueva Ley de Fundaciones”, curso que dirigí en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo en julio de 1991, patrocinado y publicado por la *Fundación Marcelino Botín*. “Algunas observaciones en torno al proyecto de Ley de Fundaciones”. *La Ley* 13-IV-93; “Incidencias de la ley de Fundaciones en las fundaciones españolas”. Intervención en el curso de verano de la Universidad a Distancia en Avila julio 1993 (sin publicar). “Constitución y extinción de fundaciones”. Conferencia en el curso de verano de la Universidad Complutense en El Escorial dirigido por José Luis Piñar (no publicado) y “Encuentro sobre fundaciones” celebrado en El Escorial convocado por la Ministra de Asuntos Sociales y celebrado en enero 1994, publicado por *Fundesco*.

ma que pueden interesar al Notario en el ejercicio profesional de consejo a las partes y redacción de estatutos y cartas fundacionales.

La publicación de la Ley de Fundaciones, o para darle su nombre entero de *“fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general”* ha sido la culminación de un largo trayecto que ha durado 15 años. En efecto, establecido en el art. 34 de la Constitución que *“se reconoce el derecho de Fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley”* resultaba necesaria la publicación de una Ley que regulase dicho derecho fundamental. Diversos proyectos, entre los que destaca el preparado por una comisión presidida por el Ministro de Justicia Iñigo Cavero, han ido sucediéndose a lo largo de los últimos años, alguno de ellos presentados por iniciativa, bien particular, como el de Justino Azcárate, bien de grupos parlamentarios como el de Convergencia i Unió o del Partido Popular, o del propio Gobierno que llegó a discutirse en el Congreso y que caducó al disolverse las Cortes y convocarse las elecciones de junio de 1993. Por fin la Ley ha completado su fatigoso camino y se ha convertido en la Ley 30/84 de 24 de noviembre.

Este trabajo lo vamos a separar en seis apartados distintos. El primero dedicado a la constitución de las fundaciones, el segundo a la vida de éstas, el tercero a la modificación y extinción de las mismas, el cuarto al régimen tributario, el quinto a la adaptación de las fundaciones ya existentes y el último a la repercusión de la Ley sobre las fundaciones autonómicas. Todo ello, como ya he dicho, desde los puntos de vista que más pueden interesar a la función notarial en materia de fundaciones.

II. La constitución de las fundaciones

1. Concepto de fundación.

En realidad el concepto de fundación es difícil y la mayoría de las definiciones de la misma resultan insatisfactorias y por tanto susceptibles de crítica. Por eso, hubiera sido, tal vez mejor, que la Ley no diera una definición limitándose a establecer los requisitos precisos para que una institución pueda ser considerada Fundación. Pero lo cierto es que la Ley nos proporciona una definición cuando en su art. 1.º dice “son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”.

Esta definición podría igualmente predicarse de las asociaciones, ya que son también organizaciones, igualmente constituidas sin ánimo de lucro, suelen tener un patrimonio y estar éste afectado a la realización de fines de interés general. Dentro de mi línea de rehuir cuestiones doctrinales no voy a entrar a criticar este precepto, pero sí, por su importancia práctica a intentar una línea de separación en la práctica entre las fundaciones y las asociaciones.

A mi juicio la distinción fundamental entre ambas está no tanto en la existencia de un patrimonio, ni en la exigencia de que éste sea suficiente requisito, que veremos, ha introducido la Ley, cuanto en la organización misma de la institución. Las asociaciones se rigen por principios democráticos en virtud de los cuales la vida social es dirigida por personas elegidas por los socios, que son la base de la entidad, mientras que las fundaciones se rigen mediante un órgano creado por él o los fundadores que tiene plena autonomía, incluso frente al propio fundador, para regir y gobernar la fundación.

Lo que ocurre es que, en la práctica, se produce a veces un acercamiento entre ambas figuras, y hay fundadores que

piden al profesional que les prepara los estatutos que incorpore a la fundación “socios”, incluso con el establecimiento de cuotas. La razón de que se pretenda constituir fundaciones cuando la base real es de carácter asociativo proviene, en gran parte, de que, al menos hasta ahora, la clasificación llevaba implícito el reconocimiento del carácter benéfico de la institución con aplicación del tratamiento fiscal específico, mientras que las asociaciones requerían el reconocimiento de “utilidad pública” que no siempre era fácil de obtener (3).

Sea cual sea la causa, lo cierto es que con frecuencia se pretende, en la práctica, incorporar al esquema de la fundación principios procedentes de la asociación e incluso se trata de introducir “socios de la fundación” con derechos similares a los que podrían tener en las asociaciones.

Es indudable que, aunque no lo diga la Ley, el esquema fundacional no acepta estas intromisiones procedentes del campo asociativo, pero sí permite algunas influencias que pueden permitir obtener alguno de aquellos propósitos.

Por ejemplo, cabe, y ha sido permitido en algunos supuestos por los Protectorados la creación de un órgano formado por los fundadores, en los que cabe integrar en el futuro a personas que contribuyan bien económicamente, bien con su trabajo a la fundación, y la atribución a este órgano de determinadas facultades en momentos especialmente importantes de la fundación, como puede ser el de modificación de estatutos, fusión, transformación o extinción de la misma, e incluso atribuyéndole el nombramiento y renovación de los miembros del Patronato.

Otra vía de acercamiento a las asociaciones suele conseguirse con la creación de un órgano denominado de colaboración o participación que, sin intervenir en el gobierno de la fundación tiene, sin embargo, atribuidas normalmente me-

(3) También hay reminiscencias históricas de una época en que el derecho de asociación estaba más restringido que el de fundación e incluso en el deseo de huir del régimen democrático esencial en las asociaciones.

dante el pago de una cuota, facultades en el desarrollo de las actividades de la fundación o ventajas en ellas, como puede ser la recepción de los trabajos, intervención preferente en forums o coloquios organizados por la misma o información privilegiada de lo realizado por la fundación.

Son éstas situaciones fronterizas entre ambas instituciones, pero que responden a necesidades reales y suelen ser aceptadas. Lo que no creo que pueda aceptarse es la existencia de socios de la fundación ni la atribución a éstos de un poder sobre el gobierno de la misma. Si esto ocurriera habríamos hecho tránsito a la asociación y se plantearía el problema, ciertamente interesante, de simulación o utilización de la figura de la fundación para fines distintos de aquellos para los que ha sido creada.

2. Requisitos de constitución de la fundación.

209

La fundación surge mediante un negocio jurídico. No voy a detenerme, dado el objetivo meramente práctico de mi trabajo, a estudiar cuál es la naturaleza, muy discutida, del mismo, ni si se trata de un solo negocio (4) o cabe disociar el negocio de constitución del de dotación.

Lo pertinente, una vez afirmado el carácter negocial del acto constitutivo de la fundación, es estudiar sus diversos requisitos. Emplearé para ello el esquema clásico de elementos personales, reales y formales.

2.1. Elementos personales. Capacidad.

En principio parece que cualquier tipo de personas, sean físicas o jurídicas pueden constituir fundaciones. Así lo dice la Ley en su artículo 6: "*Podrán constituir fundaciones las*

(4) Véase CAFFARENA: *El régimen jurídico de las fundaciones*. Libro publicado por el Ministerio de Asuntos Sociales 1991, págs. 30 y siguientes, y mis observaciones en la conferencia citada del curso de El Escorial.

personas físicas y las jurídicas, sean éstas públicas o privadas". Dada la anterior afirmación legal me voy a limitar a estudiar el tema de la capacidad de unas y otras para constituir fundaciones.

2.1.1. Empecemos por las personas físicas. Estas pueden constituir la fundación en virtud de actos "inter vivos" o "mortis causa". El art. 6 de la Ley dice que *"las personas físicas requerirán la capacidad general de obrar y la especial para disponer gratuitamente, «inter vivos» o «mortis causa», de los bienes y derecho en que consista la dotación"*.

210

Partiendo de lo dispuesto en este precepto, habrá que distinguir entre fundaciones establecidas en testamento para las que regirá la capacidad precisa para realizar éste, o sea, mayoría de edad si el testamento es ológrafo (art. 688 del C.c.) o si se trata de otra clase de testamento no podrán hacerlo los menores de catorce años y los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio (art. 663 del C.c.).

Para los actos "inter vivos" debe reunirse la capacidad general de obrar y la especial para disponer gratuitamente de los bienes y derechos en que consista la dotación. Es pues, dado lo anterior, muy dudoso que los menores de edad, incluso emancipados, y los incapaces puedan constituir fundaciones por cuanto la regulación del Código civil, recogida en su art. 168 para los menores, representados por sus padres, y en los 271 y 272 si están representados por un tutor, no está prevista la posibilidad de realizar actos de liberalidad, incluso con autorización judicial.

No obstante, en la doctrina se discute si el acto de constitución y dotación son un solo acto o cabe escindirlo en dos actos distintos (5). Si se aceptase que cabe escindirlo en dos actos podría aceptarse que un menor constituyese la

(5) Véase el planteamiento y defensa del acto fundacional como acto único en CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 43 y siguientes, y algunas consideraciones críticas en mi conferencia de El Escorial.

fundación, y adquiriese por tanto el “status” de fundador de la misma, aunque no aportara bienes, quedando por tanto apartado del negocio de dotación. ¿Qué importancia puede tener esto? Ocurre, a veces, en las fundaciones de origen familiar que los padres desean incorporar a la misma como fundadores a sus hijos, incluso menores, bien por interesarles en la fundación, bien porque los estatutos de la misma atribuyen a los fundadores ciertos derechos, como el ser miembros natos del Patronato o el requerirse su consentimiento para ciertos actos trascendentes en la vida de la fundación. No parece que haya razones para poner trabas a esta voluntad lo que cabría conseguirse por la vía indicada.

Respecto a las personas casadas deberá tenerse en cuenta que si se realiza la dotación con bienes gananciales se precisa el consentimiento del otro cónyuge, siendo nulo el acto si falta dicho consentimiento. Es importante pues al realizar la dotación, precisar, si interviene una persona casada, si lo hace con bienes privativos o gananciales, y si son gananciales asegurarse el consentimiento del otro cónyuge, ya que de otra forma y conforme a lo dispuesto en el art. 1.378 del Código civil el acto será nulo, salvo que la escasa cuantía de la aportación y su comparación con los bienes que pertenecen al matrimonio pueda considerarse una liberalidad de uso (6). Cabe también que aun aportándose bienes gananciales, por acuerdo de ambos cónyuges la dotación se realice sólo por uno solo de ellos, en cuyo caso surgirá un crédito a favor de la sociedad que habrá que tener en cuenta al liquidarla. Este tema es importante por la repercusión que puede tener en la determinación de las legítimas, como diremos a continuación.

(6) La facultad concedida al cónyuge en el artículo 1.384 no parece alcanzar a los actos a título gratuito. En este sentido se pronuncia PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS en sus comentarios al Código civil publicados por el Ministerio de Justicia 1991, tomo II, pág. 74, cuando dice que “no parece que por sí solo pueda realizar (el cónyuge) sobre el dinero o títulos valores, actos a título gratuito, salvo las liberalidades de uso”.

Tratándose de dotación por persona física, incluso en el supuesto de que lo haga con bienes privativos hay que tener en cuenta lo dispuesto por el Código en materia de computación a efectos de fijación de las legítimas y que al ser un acto a título gratuito le será de aplicación lo dispuesto en materia de revocación en supuesto de supervenencia o supervivencia de hijos, o incumplimiento de cargas. Más dudoso es si se aplicarán las normas sobre ingratitud. Por último debe recordarse que el dotante en actos “inter vivos” debe reservarse, en propiedad o usufructo, bienes suficientes para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 del C.c.).

212

En las fundaciones constituidas por acto “mortis causa”, aparte de tenerse en cuenta lo dicho para las legítimas, cabe que el testador haya constituido en el propio testamento la fundación o que no lo haya hecho. En este segundo supuesto el número 4 del art. 7 de la Ley establece que la escritura pública en la que se contengan los requisitos exigidos por la Ley se otorgará *“por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios y en caso de que éstos no existieran, por la persona que se designe por el Protectorado”*. Resuelve esta norma el problema que plantea la posible falta de previsión del testador.

De todas suertes, es distinta la posición del albacea nombrado por el testador con facultades específicas para constituir la fundación que tendrá la amplitud que se derive de dichas facultades que pueden llegar a autorizarle para elegir los fines o incluso para constituir o no la fundación y dar, en caso negativo, a los bienes de la dotación un destino distinto, que la posición del heredero que ejerce como albacea o de la persona nombrada por el Protectorado que tendrán que limitarse a completar los requisitos no previstos por el testador y exigidos por la legislación aplicable y a otorgar la carta fundacional.

2.1.2. En cuanto a las fundaciones constituidas por las personas jurídicas privadas el art. 6 establece en su número tres que *“las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso de su junta general o asamblea de socios y las de índole institucional, el acuerdo de su órgano rector”*.

El tema parece en principio fácil, pero no lo es tanto. En primer lugar parece reducirse el precepto a las instituciones sin ánimo de lucro, asociaciones y fundaciones, orillando el problema de las sociedades civiles o mercantiles, que trataremos luego. En segundo lugar no es totalmente cierto lo establecido en el precepto ni tan fácil la solución como parece presentarla el precepto. En efecto, no es enteramente cierto porque hay que distinguir dos problemas distintos. El primero es si las asociaciones o fundaciones pueden constituir fundaciones, y en segundo lugar qué órgano de las mismas está facultado para acordarlo. El precepto parece dar por supuesto lo primero y atribuir a la Junta, en un caso, y al órgano rector, en el otro, las facultades pertinentes.

213

A mi juicio el problema es algo más complejo y exige una reflexión más profunda.

2.1.2.1. Comenzando por las asociaciones debe uno, en primer lugar, plantearse si pueden constituir fundaciones. Habrá que consultar los estatutos por los que se rijan en los que cabe se haya previsto la posibilidad de constituir otras personas jurídicas, en cuyo caso, y con preferencia a lo establecido en la Ley se deberán aplicar las normas, y en su caso cautelas, recogidas en dichos estatutos. Cabe también, aunque no sea frecuente, que en los estatutos esté expresamente prohibido lo anterior, en cuyo caso no es posible, pese a lo establecido en la Ley, constituir las, salvo previa modificación estatutaria. Si los estatutos, como será lo más frecuente, no lo previeran, creo que habrá que examinar caso por caso la fundación que se pretenda consti-

tuir. Si la fundación tiene por finalidad asumir la total actividad realizada a la sazón por la asociación sustituyendo a ésta en aquélla, habrá, a mi juicio, que cumplir las normas establecidas en los estatutos, o en defecto de éstos en la Ley, para la disolución de la asociación, o al menos para la modificación de sus estatutos, ya que, aun conservando la personalidad jurídica la asociación, en la práctica quedará totalmente inactiva al traspasar a la fundación la totalidad de su actuación. En otro caso es difícil determinar qué “quorums” serán precisos para tomar el acuerdo, y para dar una opinión habrá que leer atentamente los estatutos, y si éstos exigieran “quorums” reforzados para asuntos de alguna relevancia tal vez deberían exigirse éstos. De todas formas todo depende de la importancia de la intervención de la asociación en la nueva fundación y de la cuantía de los fondos que destine a ella, pues no debe olvidarse que la dotación es un acto a título gratuito y que deberán, por tanto, cumplirse los requisitos precisos para que la asociación realice dichos actos de disposición. Si, por último, en los estatutos se hubiera concedido expresamente a un órgano distinto de la Junta general o asamblea de socios facultades para constituir sola o en unión de otras asociaciones o instituciones, fundaciones será el órgano al que se hubiera concedido el que tendrá las facultades para ello. Es por esto por lo que creemos que hubiera sido mucho más correcto que la Ley se limitara a reconocer la posibilidad de constituir fundaciones las personas jurídicas señaladas y dejar a los estatutos y la legislación específica la determinación de los órganos competentes para tomar el acuerdo.

2.1.2.2. En cuanto a las fundaciones parece que el precepto implica una autorización general para constituir otras fundaciones, lo cual vendría a ratificar lo dicho ya por el Tribunal Supremo en su S. de 7 mayo de 1987 en la que, sin ser, por cierto, necesario para resolver el tema planteado en el recurso, afirma que “el desarrollo de su objeto

podrá efectuarse mediante la creación de otras fundaciones, asociaciones, cooperativas, sociedades u otras entidades jurídicas de cualquier naturaleza que las Leyes permitan, y participando en el desarrollo de las actividades de otras fundaciones, asociaciones, sociedades y otras personas jurídicas o físicas que, de algún modo, puedan servir a los fines perseguidos”.

No obstante lo anterior el tema me parece que, una vez más, es mucho más complejo. La constitución de otra fundación lleva consigo un acto de disposición a título gratuito para lo que, en términos generales, y fuera de los fines de la propia fundación parece que ésta no está autorizada.

Creemos pues que habrá que distinguir los siguientes supuestos: En aquellos casos en que los estatutos de la fundación prevean expresamente, bien que uno de los fines de la fundación es ayudar a otras fundaciones o instituciones, o bien que sus fines pueden ser realizados directamente o a través de otras personas jurídicas es indudable que la fundación podrá constituir otras, ya por sí sola, ya en colaboración con otras fundaciones o instituciones.

215

En los supuestos, que será lo más probable, en que los estatutos no contengan tal previsión la solución es más compleja. De una parte la constitución de otra fundación implica un acto de disposición a título gratuito a favor de otra persona jurídica, lo que no parece entrar en el esquema de la fundación. Si por esa vía los gestores de la misma trataran de sustituir la fundación en sus actividades por otra distinta, creo que excederían de las facultades ordinarias de la fundación y deberían, al menos, tomar el acuerdo con los “quorum” precisos para modificar estatutos o extinguir la fundación. De todas formas habrá otra limitación, ya que parece indudable que la fundación no podrá constituir o participar en la constitución de fundaciones que sean ajenas a sus fines. El art. 25 de la Ley es terminante cuando señala cuál debe ser el destino de las rentas fundacionales, que, al menos, en un 70% debe destinarse a “la realización de

los fines fundacionales”, y el resto a gasto o incremento de la dotación fundacional.

De todas formas en la práctica es frecuente que diversas fundaciones e instituciones se unan para, dentro de sus fines, desarrollar actividades que no podrían desarrollar por sí solas, en cuyo caso parece razonable admitir su posibilidad.

En las fundaciones hay un último requisito a tener en cuenta. Si la dotación de la nueva fundación implica la enajenación de bienes o derechos que formen parte, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales de la primera, o representen un valor superior al veinticinco por ciento del activo de la fundación que resulte del último balance anual, será precisa, según establece el art. 19 de la Ley, la autorización del Protectorado. Y si, sin darse los anteriores requisitos, se tratase de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de extraordinario valor deberá darse cuenta inmediatamente al Protectorado.

216

2.1.2.3. Resta, dentro del campo de las entidades privadas, estudiar la constitución de fundaciones por sociedades, en especial mercantiles. El precepto que hemos visto regula la capacidad para constituir fundaciones, sorprendentemente no dice nada sobre la constitución de éstas por sociedades mercantiles, pese a que es muy frecuente en la actualidad. El problema está vinculado al de la capacidad de las sociedades. En principio, y sin profundizar demasiado en el tema, parece que la realización de actos a título gratuito por las sociedades mercantiles, choca con el fin de lucro que éstas deben tener y con el derecho al reparto de las ganancias entre los socios que se considera esencial en este tipo de sociedades. De aquí que algún autor haya negado la posibilidad de que una sociedad constituya una fundación.

La doctrina ha discutido ampliamente la posibilidad, incluso, de que alguna sociedad establezca que la totalidad de sus útiles se destine a fines distintos del reparto entre sus propios socios. De hecho en algún momento de la tramitación del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, preparado por la Comisión General de Codificación que culminó en la Ley de 1989, se preveía expresamente esta posibilidad. En el fondo late aquí la lucha entre el aspecto formal de la sociedad, es decir, considerar sociedad anónima todo aquel ente que reúna los requisitos y cumpla las formalidades establecidas, o la exigencia de determinadas características de fondo, como serían la del carácter mercantil o lucrativo y el destino a los socios de los útiles sociales. Cualquiera que sea la postura que se tome en torno a este tema, la doctrina ha venido aceptando, en general, la posibilidad de que por una sociedad se puedan constituir fundaciones.

Ya, VIVANTE (7) decía que: “no es preciso que todas las ganancias vayan distribuidas entre los socios, ya sea al fin de cada ejercicio, ya sea al fin de la sociedad. Parte de ellas pueden ser consagradas a fines más nobles, como contribución de la empresa a aquellos fines de solidaridad social”. “Es cuestión —sigue diciendo VIVANTE—, de medida. Si el fin esencial de la empresa sigue siendo la ganancia para los socios, en la doble forma de un dividendo o de una economía de ahorro, hay un contrato de sociedad. Sólo si ésto es un pretexto para cubrir un fin distinto, político, artístico o religioso, no habrá en realidad sociedad”. Esta doctrina del maestro ha calado, en general, en la doctrina italiana. Así, MARASA (8) dice: “que es admisible en primer lugar que una previsión en tal sentido (o sea, permitir el destino de beneficios a terceros con carácter gratuito), pueda ser permitido o impuesto en el contrato social. En este

(7) *Trattato di diritto commerciale* II, pág. 37.

(8) *Le società senza scopo di lucro*. Giufrè 1984, págs. 123 y siguientes.

caso, no me parece en modo alguno que resulte comprometido el respeto a la causa lucrativa típica del contrato, ni me parece, incluso, aunque tal destino asuma el carácter de constante, que la sociedad se pueda calificar como una sociedad sin fin de lucro subjetivo, siempre que, obviamente, la parte de los beneficios que se destinan a terceros, no sea de tal entidad que sirvan para enmascarar un fin sustancialmente altruista. En efecto —sigue diciendo— en el campo de los contratos asociativos la causa típica indicada por el legislador puede considerarse respetada a condición de que en el supuesto concreto constituya el fin principal de los contratantes, aunque junto a este último se inserten fines secundarios de otra naturaleza. Los argumentos fundamentales en que suele basarse esta posibilidad están en que toda función típica tiene una cierta capacidad de absorción en relación con otros fines diversos, y en este sentido —termina MARASA— es lícito hablar de elasticidad de la causa. Estos argumentos me parecen perfectamente trasladables a nuestro Derecho y por lo tanto, creo que es posible que las sociedades constituyan fundaciones. Y que incluso incluyan en sus estatutos previsiones, en virtud de las cuales se establezca que una parte de los beneficios sociales se destinen periódicamente a lo mismo, con la única condición de que exista una proporcionalidad entre estas cantidades destinadas a fines altruistas, y los beneficios de la sociedad, de tal forma que no impida la distribución de dividendos entre los socios. Cabría quizá aquí, siguiendo a OPPO, hablar de que la sociedad puede realizar liberalidades de uso, y volviendo a insistir con este autor, en que se contenga dentro de límites modestos. Aunque no sea buena técnica apoyarse en normas fiscales para defender tesis de fondo, no debe olvidarse que la Ley del Impuesto de Sociedades prevé una desgravación hasta de un 10% de los beneficios en las cantidades destinadas a fines altruistas. Este es, de todas formas, un tema que debería haber abordado la Ley de Fundaciones, cosa que no ha hecho.

Un tema distinto es el de qué órgano de la sociedad está facultado para acordar la constitución de la fundación. En principio no parece que esta facultad pueda entenderse incluida en el giro y tráfico de la empresa y por lo tanto considerar al órgano ejecutivo facultado para ello. Parece más razonable exigir, en principio, el acuerdo de la Junta general, salvo que por la pequeñez de la aportación realizada por la sociedad en relación con su patrimonio, pueda considerarse una donación de uso.

2.1.2.4. Restan, por último, las personas jurídicas públicas, entendiendo por tales las constituidas por el Estado, las Comunidades autónomas, Ayuntamientos y los entes integrados en ellos.

La Ley dice en el núm. 4 del art. 6 que *“las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”*. El precepto no deja de ser anómalo al determinar la capacidad por exclusión y afirmar, como regla general, la capacidad de estas personas jurídicas públicas para constituir fundaciones siendo así que tanto el Estado como las restantes personas jurídicas públicas tienen una capacidad perfectamente reglada en sus Leyes que no parece sea posible modificar por esta Ley que regula las fundaciones. A mi juicio lo que debería haber dicho el precepto y no lo ha dicho, es que las personas jurídicas públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones de acuerdo con lo establecido en las Leyes por las que se rigen. Y aunque no lo haya dicho creo que ésto es lo que habrá que tener en cuenta.

Hemos de partir, de todas formas, de un hecho real y es que el Estado, y organismos de él dependientes, han constituido con frecuencia, por sí solos, fundaciones o intervenido, con personas privadas, en la constitución de otras. A mi juicio creo que para determinar la capacidad del Estado a la hora de constituir fundaciones hay que distinguir tres supuestos completamente distintos.

Uno es la constitución por el Estado de fundaciones públicas: el término “fundaciones públicas” en general, es visto con recelo por los autores, aun cuando hay que reconocer que viene expresamente recogido en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. La figura de la fundación jurídico-pública, dice GARCÍA DE ENTERRÍA (9), está montada sustancialmente sobre el fin público a que queda afecta la dotación patrimonial efectuada por un ente público. De hecho existen numerosas fundaciones así constituidas, GARCÍA DE ENTERRÍA da una larga enumeración de las mismas como son la Fundación de la “Santa Cruz del Valle de los Caídos”, la “Lázaro Galdeano”, la “Obra Pía de los Santos Lugares”, la Fundación “Casa Salud Valdecilla” o la Fundación “Jiménez Díaz”. Yo mismo he recordado algún otro ejemplo como el de la Fundación “Inés Luna Terrero”.

220

Lo primero que hay que destacar es que tradicionalmente el Estado ha utilizado el camino de Ley, aunque no siempre, porque algunas de estas fundaciones las hemos visto constituidas por decreto, e incluso, hay alguna constituida por orden ministerial. A mi juicio el Estado, mediante una norma de carácter legal, puede indudablemente constituir un ente o una institución a la que dará, impropia, el nombre de fundación para el cumplimiento de un fin específico, y con una específica regulación. Pero ya se comprende que éstas propiamente no son fundaciones, sobre todo si se tiene en cuenta, como recuerda el propio autor citado, que con frecuencia, la propia Ley prevé la no sujeción a Protectorado de Ministerio alguno.

La segunda cuestión es la posibilidad de que el Estado por sí, constituya una fundación privada, sometida al protectorado de un Ministerio determinado, en ocasiones, por cierto, el mismo que constituye la fundación. En principio,

(9) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo* I, pág. 209.

esto no deja de ser una notable anomalía. Primero, porque ya es anómalo en sí que el Estado se someta a su propio Protectorado. Y en segundo lugar, porque parece que por esta vía de lo que se trata es de aligerar determinados controles o intervenciones que están establecidos por la legislación para las actividades del Estado, amparándose en la constitución de una fundación de carácter particular. A mi juicio, por tanto, es muy dudoso que este segundo tipo de fundaciones puedan ser constituidas por el Estado.

Una tercera posibilidad es la de que el Estado realice actividades conjuntas con otras personas, mediante convenios de colaboración, y en este supuesto sí creo que es perfectamente posible, que dichos convenios de colaboración cuajen en una fundación privada en la cual participe el Estado, bien mediante alguna dotación, siempre y cuando esto sea posible con arreglo a las normas que regulan la disposición de los bienes del Estado, o bien contribuyendo directamente a los fines de la fundación, mediante la concesión de determinados beneficios o subvenciones ulteriores y la intervención de representantes del Estado en los órganos de gobierno de la misma. Hecho este último relativamente frecuente. En este supuesto no parece que haya o deba haber problemas para la intervención del Estado en dicha constitución.

221

2.2. *Elementos reales.*

Como elementos reales de la fundación hemos de distinguir los fines y la dotación.

2.2.1. Los fines.

2.2.1.1. ¿Qué fines son posibles en las fundaciones?

La determinación de qué fines pueden perseguir las fundaciones ha seguido un itinerario que partiendo de un concepto restringido ha ido poco a poco ampliándose hasta

llegar a un concepto actual relativamente amplio. Y digo relativamente amplio porque la Ley que comentamos no ha estado demasiado afortunada, en mi opinión, al regular esta materia.

222

La Ley de Beneficencia de 1849 al excluir de las Leyes desvinculadoras las fundaciones privadas, se limita a hacerlo con las que tengan una finalidad benéfica, entendido este concepto en términos bastante restrictivos, ya que da una pista de qué entiende por beneficencia cuando en su art. 18 establece que *“los establecimientos de beneficencia, públicos o particulares no admitirán a pobres mendigos válidos”*. De este concepto se deduce que, según la Ley de Beneficencia los destinatarios de aquélla deben, en primer lugar, tratarse de necesitados, o sea, personas que carezcan de medios económicos para pagar la prestación que reciben, pero exige además que la causa de la necesidad no sea imputable a los mismos. Así lo ha interpretado el Consejo de Estado, por ejemplo, en su informe al proyecto de Reglamento de Fundaciones Culturales que obligó a sus redactores a introducir determinadas normas restrictivas del concepto de fines.

El Código civil sustituyó el concepto de beneficencia por el de “interés público”, si bien al exigir, a continuación, que fueran “reconocidas por la Ley” planteó el problema de si esta referencia era a la Ley de Beneficencia, única Ley que regulaba, en cierta forma, las fundaciones, implicando, indirectamente, una consagración de la exigencia del carácter benéfico de la fundación (10). Cualquiera que sea la interpretación que se defienda en relación con el Código, lo cierto es que, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de una parte, y la práctica de los Protectorados de otra, ampliaron el concepto y aceptaron fines de interés público no estrictamente benéficos.

(10) Ver CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 87, que expone esta opinión, aunque no la considera dominante.

El Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972 trató de romper la correlación fundaciones-beneficencia, introduciendo el concepto de fundaciones culturales que definió como patrimonios “*destinados a la educación, la investigación científica y técnica y cualquier otra actividad cultural*” (art. 1.º). No obstante el Consejo de Estado, apegado al arcaico concepto de fundación como ente benéfico obligó a recoger entre los requisitos de la misma el que “los beneficiarios carezcan de medios económicos suficientes”. Ya se comprenderá que esta norma quedó obsoleta y era, ya desde el principio, inaplicable a los premios en los que se tenía en cuenta no la capacidad económica de las personas sino sus méritos.

La Constitución, al reconocer en su art. 34 el derecho de fundación como fundamental limita su reconocimiento a las fundaciones “*para fines de interés general*”.

Este concepto, nuevo en nuestro Derecho, y que fue introducido en la discusión parlamentaria, parece que respondería, en la idea de sus autores, al propósito de proscribir las fundaciones familiares, recogiendo la doctrina al respecto de don FEDERICO DE CASTRO. Sin embargo, el concepto de interés general no excluye sólo las fundaciones familiares sino aquellas otras que respondan a intereses particulares. Sin embargo, en mi opinión (11) el concepto de “interés general” no es equiparable, ni mucho menos, al “interés público” que recogía el Código civil, siendo bastante más amplio. Es acertada, a mi juicio, la opinión de CAFFARENA (12) de que la referencia de la Constitución a la Ley no implica que sólo sean admisibles aquellos fines de interés general que la Ley reconozca expresamente como tales, sino que la delimitación de la generalidad del interés corresponde bien a los Tribunales bien a la Administración.

223

(11) *Op. cit.*, pág. 85.

(12) *Op. cit.*, pág. 87.

La Ley trata, a mi modo de ver, de forma desafortunada el tema de los fines en dos puntos distintos. Uno es el art. 2. En su primitiva redacción nada decía este precepto sobre cuáles eran los fines de la fundación, probablemente por entender sus autores que quedaba claro el tema, no sólo en la Constitución sino en la definición del art. 1. Seguía así la sensata opinión de CAFFARENA, que al fin y a la postre es uno de los autores del proyecto cuando decía que “creo necesario que la futura Ley de Fundaciones haga referencia al fin de la fundación como elemento definitorio de la misma exigiendo que sea de interés general. No creo en cambio que sea conveniente llegar a una mayor concreción, el riesgo de que se trate de limitar el derecho de fundación consagrado por la Constitución no lo hace aconsejable”. Pues bien, una enmienda presentada por el partido Popular introdujo un número uno en el art. 2 que dice *“Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, tales como los de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análoga”*. Este precepto está tomado del art. 42 a) de la propia Ley que establece los requisitos que deben reunir las fundaciones para gozar de los beneficios fiscales y tiene su fundamento, como dicen los enmendantes en su justificación, en que “puesto que el Título II no reconoce más entidades sin fin lucrativo que las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública, creemos que este requisito debe regularse en las normas sustantivas” (13). Sin embargo, esta tesis arranca de un error. Es posible que el legislador fiscal quiera imponer determinadas condiciones, y por desgracia así lo

(13) La tesis fue defendida por PEDRO LESCURE en su ponencia sobre “Cuál debe ser el ámbito de actuación de las Fundaciones” en el importante encuentro de El Escorial, pág. 40.

hace, para conceder los beneficios fiscales, pero esto no debe llevar a limitar el derecho constitucional de fundar que está reconocido para cualquier fin de interés general. La enumeración, por muy completa que parezca, no deja de ser una enumeración que por definición deja fuera a algún fin y la última restricción que exige que los no enumerados sean de “naturaleza análoga” excluye a los que no lo sean. Por poner un ejemplo, en la enumeración no están incluidos los fines religiosos, nadie puede dudar que son fines de interés general pero, ¿cabrá constituirse fundaciones con estos fines, que aunque normalmente adquirirán personalidad jurídica eclesiástica cabe que prefieran la civil, bien por no conseguir la eclesiástica, bien por buscar independencia o por responder a otras confesiones religiosas? Y quien dice esto de los fines religiosos puede repetirlo de otros fines también de interés general.

De todas formas la desdichada redacción del precepto no empece que la Constitución tenga un valor superior y que la norma que trate de limitar un derecho reconocido en aquélla es anticonstitucional, por lo que creo que si se pretende constituir una fundación para un fin de interés general no recogido en la enumeración legal, será posible constituir la sin perjuicio de las dificultades que bien para la clasificación, bien para la obtención de beneficios pueda encontrar.

Habrà que esperar a la decisión que en este punto tomen los Protectorados, ya que, según establece el artículo 36 de la Ley, y veremos más adelante, la inscripción en el Registro que dota de personalidad a las fundaciones no es automática, ni sometida simplemente a la calificación del Registrador, sino que requiere en este punto el “informe favorable” del correspondiente Protectorado, siendo este el 2.º punto desafortunado de la regulación legal.

Resumiendo, la fundación debe tener un fin o fines de interés general, en la Ley aparece una enumeración de los que se consideran fines de interés general, pero, dada la superior vigencia de la Constitución cabe constituir funda-

ciones para fines que siendo de interés general no estén, sin embargo, recogidos en la enumeración legal. Será el Protectorado quien decidirá, en su informe, si dicho fin es o no de interés general, y en el supuesto de que el Protectorado emita informe desfavorable cabrá acudir a los Tribunales para la definitiva decisión.

2.2.1.2. La determinación del fin.

Un problema complementario es si los fines deben ser concretos o determinados. Nada dice la Ley al respecto. No obstante al exigirse, como veremos pronto, una dotación “adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales” cabe preguntarse si esta suficiencia no precisa una concreción de los fines.

226 La práctica nos muestra junto a fundaciones con un fin muy concreto una gran mayoría con una pluralidad de fines, e incluso, con una vaguedad total en la determinación de los mismos. La Ley, como hemos dicho, no exige determinación del fin, como no lo hacían ninguna de las Leyes autonómicas que la han precedido, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido muy generosa en este punto estableciendo a partir de la Sentencia de 2 de julio de 1952 ratificada, ya después de la Constitución, por las de 10 de julio de 1985 y 7 de mayo de 1987 (14) que es suficiente el establecimiento de un interés general, que puede ser tan vago como “obras benéficas para perpetuar mi nombre” (S. 1955) o “la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas”. Creemos que debe mantenerse la posibilidad de que los fines sean todo lo amplios que el fundador desee, permitiendo al Patronato ajustarlos a las conveniencias del momento. CAFFARENA (15) es de la misma opinión no sin alguna reticencia.

(14) Puede verse en la obra de JOSÉ LUIS PIÑAR: *Régimen jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, pág. 29.

(15) *Op. cit.*, pág. 91, nota 48.

2.2.1.3. La permanencia del fin.

La doctrina y la práctica habitual ha considerado a las fundaciones como entes perdurables y de duración ilimitada. La definición contenida en el art. 1.º de la Ley exige que las fundaciones tengan afectado su patrimonio a los fines “*de modo duradero*”. Esto, sin embargo, no significa que no puedan constituirse por plazo limitado y así el art. 29 al regular las causas de extinción de la fundación incluye en su apartado a) la expiración del plazo por el que fue constituida.

2.2.1.4. Las fundaciones familiares.

El tema de las fundaciones familiares fue una conocida disputa entre nuestro compañero CÁRDENAS y D. FEDERICO DE CASTRO (16). El peso de la opinión de D. FEDERICO parece que fue determinante a la hora de redactar el art. 34 de la Constitución y reducir el reconocimiento del derecho a fundar exclusivamente para fundaciones de “*interés general*”. Esta exigencia, que no figuraba en la primera redacción del precepto, se incluyó precisamente para excluir las fundaciones familiares. Como he dicho en otra ocasión (17), la exclusión con carácter absoluto de las fundaciones familiares no me parece justificable e incluso va mas allá de la propia opinión de D. FEDERICO, que leído atentamente parece contemplar sólo las fundaciones perpetuas y no las temporales. La verdad es que estas fundaciones podrían ser útiles para resolver determinadas cuestiones familiares que pueden, incluso, ser consideradas de interés general, al tener

227

(16) CÁRDENAS: “Las fundaciones familiares de Derecho privado” en *Rev. de Derecho Privado*, 1952, y DE CASTRO: “Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares” en el *Anuario de Derecho civil*, 1953.

(17) En mi trabajo sobre “Las fundaciones hoy y mañana: Fines, constitución y extinción” en el Seminario *Hacia una nueva Ley de Fundaciones* en la Universidad Menéndez y Pelayo de Santander citado en la nota 2, pág. 84.

reconocida su importancia en la propia Constitución, como son la protección de los incapaces, que en el extranjero se consigue a través de la figura del “trust” desconocida en nuestro Derecho.

De todas formas y concorde con el espíritu y la interpretación más corriente de lo dispuesto en la Constitución, el primer proyecto enviado por el gobierno socialista a las Cortes establecía que “en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones a los miembros de una familia”.

Sin embargo, la exigencia del “interés general” viene obscurecido en la actual Ley, que en su art. 2 ha cambiado la redacción y trata el tema en tres apartados distintos que dicen lo siguiente:

228

“La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares”. Este primer párrafo es una indudable excepción a la exigencia del “interés general” ya que se trata de un interés particular aunque sea de un colectivo concreto y además es contradictorio con el primer párrafo al no ser una “colectividad genérica”. De todas formas y por esta excepción tratan de salvarse las fundaciones laborales que reconocía la legislación anterior (18).

“En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o pa-

(18) Las fundaciones laborales quedan fuera de la regulación de la Ley, y son un concepto, en realidad más estricto que el recogido en este precepto. La disp. adicional decimoctava incluida por el Senado en el texto legal dice “*En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley el Gobierno deberá regular el régimen económico, organizativo y fundacional de las entidades constituidas en virtud de Convenio Colectivo entre las organizaciones empresariales y sindicales, que, a la entrada en vigor de la presente Ley hayan adoptado la forma de fundación laboral*”. En realidad este precepto no alcanza a todas las fundaciones laborales existentes, sino sólo a las derivadas de convenios colectivos por lo que su ámbito es bastante más estricto.

En cambio y, sorprendentemente, la Ley no hace referencia alguna a las constructoras benéficas, instituciones de perfil fundacional y atípica regulación.

rientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive". La redacción del precepto no es muy afortunada pues parece, a contrario sensu, permitir la constitución de fundaciones para beneficiar a parientes de grado más alejado de los recogidos en el precepto, lo cual no creo que esté en el espíritu de la Ley.

Por último el párrafo tercero dice que *"no se incluyen en el apartado anterior las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes"*. Es una puntualización, la de este precepto, que trata de salvar determinadas fundaciones ya constituidas, e indudablemente meritorias, aunque es muy dudoso si sus fines pueden considerarse de interés general.

Creemos, de todas formas, que la interpretación de la norma no debe ser rigurosa, como lo demuestran las propias excepciones recogidas por la Ley y que no debe impedir las clasificaciones de fundaciones en las que el fundador, como es frecuente, se reserve determinados privilegios para sí, e incluso para su familia, como es, por ejemplo, el ser asistidos en el centro que crea o poder cursar estudios en él, e incluso que la "colectividad genérica" tenga limitaciones como el reservarse los beneficios, o dar preferencia en la concesión de éstos a los oriundos de un pueblo o región.

2.2.2. La dotación.

La doctrina tradicional sobre las fundaciones consideró a éstas como un patrimonio adscrito al fin poniendo el acento en la existencia del patrimonio. Esta es la doctrina que sigue la Ley vigente que en el art. 1.º, como hemos dicho la define como organizaciones que *"tienen afectado su patrimonio..."*.

De aquí que se plantee el problema de la suficiencia del patrimonio para la constitución de la fundación. Tradicionalmente, y como ya he indicado en otros trabajos (19), los Protectorados han sido bastante laxos a la hora de exigir un patrimonio a las fundaciones, permitiendo la constitución de muchas de éstas con fines muy amplios pero con un patrimonio escaso y claramente insuficiente para la consecución de los fines propuestos. Esto se resolvía en la práctica trasladando la exigencia de la suficiencia de los recursos a los programas concretos y exigiendo, para clasificar las fundaciones, la presentación de un programa, normalmente muy modesto, que pudiera cumplirse con las rentas previsibles de la fundación. Esto viene avalado por el hecho de que muchas fundaciones subsisten, bien gracias a contribuciones concedidas por sus benefactores, bien por el apoyo de empresas o instituciones, incluso de otras fundaciones, bien por subvenciones del propio Estado, que en ocasiones, ha exigido, para concederlas, la constitución de fundaciones, probablemente, por entender más seguro ayudar a entes con personalidad jurídica propia que a particulares, y porque ha tenido una cierta preferencia respecto de las fundaciones en relación con las asociaciones.

La nueva Ley parece haber cambiado radicalmente de criterio y recogiendo la opinión de uno de sus autores (20) en su art. 10 exige que la dotación *“que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales”*.

“La determinación de la suficiencia de la dotación”, la atribuye el art. 36 al Protectorado al exigir, para la inscripción de la fundación, el informe favorable sobre este punto de aquél.

(19) Véase lo que digo en mi trabajo “Las Fundaciones” publicado en la *Actualidad Civil*, 1987.1, págs. 1194 y siguientes.

(20) CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 118.

A mi juicio, y, escrúpulos doctrinales aparte, la aplicación rígida de este precepto conllevará una doble y muy grave consecuencia para las fundaciones consistente en exigir una concreción de sus fines (de otra forma difícilmente podrá calificarse la adecuación a ellos de la dotación) y una exigencia de un capital elevado para constituir las. Son muchas en este momento las fundaciones que, con un capital fundacional notoriamente insuficiente para sus fines, van, sin embargo, año a año realizando su tarea, con frecuencia admirable y que verán, en el futuro, amenazada su existencia, sobre todo si se aplica la norma con carácter retroactivo por la vía de la adaptación de los estatutos que exige la disposición transitoria segunda de la Ley (21).

No se ha atrevido el Ordenamiento Jurídico en otras personas jurídicas, en las que parecería más razonable exigirlo, a introducir el concepto de capital suficiente limitándose a establecer lo que por objetivo es más seguro, un capital mínimo (así en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, por cierto en estas últimas nadie puede calificar de suficiente el capital exigido y sin embargo son mayoría las sociedades de este tipo que se constituyen con el capital mínimo). En definitiva habrá que esperar a ver qué dice el Reglamento y cuál es el criterio que apliquen los Protectorados para poder conocer qué dotación se considera "suficiente" en cada caso, y confiar que el Reglamento, por una parte, y la tradicional prudencia que aquellos han mostrado en el pasado continúe en el futuro dando una interpretación flexible al precepto legal.

La Ley permite, en su art. 10, que la aportación de la dotación se haga *"de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial será al menos del 25 por ciento, debiendo hacerse efectivo el resto en un plazo no superior a cinco años"*

(21) Una discusión más amplia sobre este tema puede verse en las intervenciones de algunos de los participantes en el encuentro de El Escorial citado. Así puede verse MARTÍN PATINO, pág. 65; RAFAEL DE LORENZO, págs. 73 y 152, y RODRÍGUEZ DURANTE, pág. 167.

contados desde el otorgamiento de la escritura de constitución de la Fundación". Recoge así la Ley una feliz propuesta hecha hace tiempo por LÓPEZ JACOISTE, recientemente recogida por CAFFARENA (22). Al no precisar más la Ley será la escritura de carta fundacional la que podrá, en este supuesto, establecer las modalidades de dicha aportación o dejar a voluntad bien del Patronato, bien del dotante los momentos concretos de la aportación.

En reforma introducida en el Senado el art. 10.2 segundo párrafo, *"tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la Fundación se afecten por el fundador o el Patronato, con carácter permanente, a los bienes fundacionales, de conformidad con el art. 25.1 de esta Ley"*. Parece que, dada esta autorización el Patronato podrá, en el momento de recibir los bienes decidir el destino de éstos al incremento de la dotación sin sujetarse a los límites del 30% previsto en el art. 25.1 de la Ley. De todas formas no estaría de más que el Reglamento aclarara este punto.

También permite la Ley que la dotación consista en el *"compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas"*. Parece que, en este supuesto, el tercero podrá bien comparecer en la Carta Fundacional para formalizar su compromiso bien hacerlo en documento aparte. Es lógico entender que este documento deberá ser notarial cuando se trate de compromiso de aportar bienes inmuebles. En cuanto a las garantías posibles nada precisa la Ley por lo que, en beneficio de las fundaciones, es aconsejable una interpretación flexible de las mismas. ¿Qué mayor garantía por ejemplo si el aportante es un Banco que la estructura y solidez del propio Banco?

En cambio la Ley excluye expresamente la posibilidad de considerar como dotación *"el mero propósito de recaudar*

(22) LÓPEZ JACOISTE: "Las fundaciones y su estructura a la luz de sus nuevas funciones", *Revista de Derecho Privado*, 1965, págs. 567 y siguientes, y CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 118.

donativos". Se trata de una consideración de futuro pero que no impide constituir la dotación con los donativos ya recaudados o incluso los prometidos.

2.3. *Requisitos formales.*

2.3.1. En actos "inter vivos". La Ley establece que la fundación podrá constituirse tanto por acto "inter vivos" como "mortis causa".

Si se realiza por acto "inter vivos" establece imperativamente que "*se realizará mediante escritura pública*". La escritura, pues, es un requisito *ad solemnitatem* de la constitución de la fundación y su ausencia producirá la nulidad de la misma.

Con esta norma se culmina, como ya dijimos, un largo iter legislativo que inició el Reglamento de Fundaciones Culturales y que ha sido seguido por todas las Comunidades Autónomas que han publicado leyes de fundaciones, y pone fin a la situación anterior que permitía la constitución sin sometimiento a requisito alguno de las fundaciones benéficas en las que no se aportaran inmuebles.

2.3.2. La constitución de la fundación por acto "mortis causa" —dice el número 3 del art. 7— "*se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos en el artículo siguiente para la escritura de constitución*".

Esta norma no es afortunada ya que, aunque poco frecuentes, existen en nuestro ordenamiento actos "mortis causa" fuera de los testamentos y habrá que interpretar el precepto en el sentido de que no ha querido excluir la posibilidad, por ejemplo, de constituir una fundación en unos capítulos matrimoniales como norma a cumplir después del fallecimiento de los otorgantes o alguno de ellos.

Tampoco es cierta la exigencia de que el testamento deba incluir los requisitos establecidos para la escritura de

constitución, ya que en el apartado siguiente dice “si en la constitución de una Fundación por acto «mortis causa», el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una Fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley *“se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios y en caso de que éstos no existieran, por la persona que designe el Protectorado”*”.

234 Vista esta norma, que merece toda clase de elogios al resolver un problema que en la práctica se planteaba, aunque en realidad habiendo albaceas o herederos se limita a recoger lo establecido en el Código civil, hemos de distinguir. En el testamento es esencial que se contenga *“la voluntad de crear una fundación”* y la *“disposición de los bienes y derecho de la dotación”*. No es preciso, como puede verse, ni siquiera que se determinen los fines de la fundación, cuya determinación puede dejarse a los ejecutores testamentarios. Aunque no es frecuente ésto, creo que es posible que se señalen unos fines muy genéricos y se permita a los albaceas concretarlos. Creo, dentro de la libertad de testar, que es también posible dejar a la decisión de los albaceas el hecho mismo de crear una fundación o entregar los bienes a otra fundación o entidad ya existente que cumpla fines similares a los perseguidos por la proyectada fundación.

El ejecutor de la voluntad del testador es, en primer lugar, el albacea particular nombrado específicamente para ello por el testador, cuando lo haya, en segundo lugar, y en ausencia de aquél, el albacea universal. En este sentido hay que entender ampliadas las facultades concedidas a éste en el art. 902 del Código civil. En defecto de albaceas el heredero o herederos a los que confiere el art. 911 la misión de ejecutar la voluntad del testador. Y en defecto de éstos la persona designada por el Protectorado. La función de éste hay que considerarla más amplia y alcanzará no sólo a

dicha designación sino también a velar por que los albaceas o herederos den cumplimiento a la voluntad del testador, ya que, como es lógico, la constitución de la fundación disminuye, en ocasiones, gravemente, los derechos de los herederos, lo que les hace reacios a cumplir sus obligaciones. Esta facultad hay que entenderla incluida, aun con una interpretación amplia, en el art. 32 número 2.B que confiere al Protectorado la función de *“velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general”*.

Para facilitar al Protectorado esta función hay en nuestro Reglamento Notarial una norma, con frecuencia olvidada, y que ha producido más de una protesta de los Protectorados, que impone a *“los Notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente, que tenga por objeto la enseñanza, educación e instrucción, el incremento de las Ciencias, Letras y Artes, la obligación de remitir a la Junta de Beneficencia a que pertenezcan y a la Dirección General del Ramo, en el primer caso, y al Ministerio de Educación Nacional en los demás, una copia simple de la cláusula o cláusulas testamentarias correspondientes tan luego como llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador”*. De igual modo —sigue diciendo el art. 179 de nuestro Reglamento vigente— *“los Notarios que autoricen o eleven a escritura pública particiones o manifestaciones de herencia fundadas en testamentos que contengan alguna disposición de las expresadas en el párrafo anterior, notificarán mediante acta, al Ministerio de la Gobernación o al de Educación Nacional, según los casos, el texto íntegro del testamento, con cargo a la herencia; siendo responsables, si no lo hicieren, de los perjuicios que puedan ocasionar con su negligencia. No se admitirán en ningún Registro u oficina dichas particiones si no aparecen otorgadas precisamente en escritura pública, y en ésta no consta el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente”*.

Esta larga norma que está pidiendo a gritos su actualización contiene, sin embargo, una importante obligación para los Notarios, que como ella misma dice, pueden incurrir en responsabilidad si no la cumplen. Consiste esta obligación en remitir copia de las cláusulas testamentarias que contienen disposiciones que hoy podríamos interpretar ampliamente como de "interés general". En cuanto a los destinatarios de la comunicación parece lógico entender sustituidos los organismos citados por los actuales Protectorados que existen en los Ministerios de Asuntos Sociales, Educación y Cultura, si son disposiciones de ámbito nacional, y los Protectorados existentes en las Comunidades Autónomas, que tienen transferida esta facultad, si las disposiciones son de ámbito autonómico.

Y la obligación es doble. En primer lugar al tener conocimiento del fallecimiento del testador, que normalmente coincide, al menos en las grandes ciudades, con el momento de pedirse la copia del testamento. Y en segundo lugar en el momento de autorizarse la escritura de partición. Quizás, en alguna de las reformas del reglamento, si se acuerdan de este precepto, podría suprimirse esta última obligación, ya que en este caso, si se ha cumplido la voluntad del testador, la fundación deberá presentarse a clasificar, y si no se ha cumplido el Notario no debe autorizar la escritura; y en todo caso, teniendo noticia el Protectorado por la comunicación al expedirse el testamento parece que es él quien debe tomar las precauciones y medidas pertinentes para proteger dicha voluntad.

2.4. Requisitos de la escritura de constitución.

Siguiendo una técnica ya utilizada para otras personas jurídicas, como las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, y trasladada al campo de las fundaciones por el Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972, seguido por las diversas leyes autonómicas, la ley distingue requisitos de

la escritura y requisitos de los estatutos, convirtiendo por tanto a éstos en obligatorios.

Los requisitos de la escritura de constitución son recogidos en el art. 8 que exige:

a) *“El nombre, apellidos, edad y estado civil de los fundadores, si son personas físicas y la denominación o razón social si son personas jurídicas y en ambos casos la nacionalidad y el domicilio”.*

Son los requisitos habitualmente exigidos para comparecer ante Notario, con excepción de la profesión, que está cayendo en desuso desde que se suprimió su mención en el D.N.I. En cuanto al nombre del cónyuge será conveniente hacerlo constar si, por estar el constituyente casado en régimen de gananciales puede afectar a la sociedad conyugal su disposición. En otro supuesto es conveniente hacerlo constar así, bien por existir régimen de separación, pactado o judicialmente establecido, bien por tratarse de personas con regionalidad en la que el régimen de separación es el legal.

b) *“La voluntad de constituir una Fundación”.*

c) *“La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación”.*

Ya hemos comentado, al estudiar la dotación como elemento esencial de la fundación, lo establecido en cuanto a qué bienes pueden formar parte de la misma. El mismo art. 10 que trata de la dotación establece en su punto 3 que *“si la dotación consistiera en dinero su cuantía se fijará en pesetas”*. Esto no quiere decir que no quepa aportar todo tipo de monedas, sino sólo, que debe, como se hace en otros contratos, expresarse su convertibilidad en pesetas en el momento de constituirse la fundación.

“Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán en igual forma y se especificarán los criterios de valoración utilizados”. Son dos los requisitos establecidos. Uno sencillo: expresar en pesetas el valor de los bienes aportados. El segundo más complejo y resulta nuevo en la Ley consistiendo

en decir cuáles son los criterios de valoración utilizados. Esto puede plantear algunos problemas prácticos. No parece que la Ley exija que la aportación se haga por su valor real. Tampoco que no pueda darse una valoración superior al mercado. Aunque parece razonable entender que, aunque no lo diga, al pedir se exprese el criterio de valoración, se busca excluir esta posibilidad. Más difícil es si cabe aportarlos por un valor inferior al de mercado. El Protectorado debe, como ya hemos dicho, calificar “favorablemente” la suficiencia de la dotación, pero esto no está forzosamente reñido con el hecho de poner un valor inferior a los bienes aportados, que pese a la infravaloración contable pueden ser suficientes. Por otra parte no exige directamente la Ley que la valoración se ajuste al valor real de mercado, como no lo hace tampoco en la norma de la Ley de sociedades anónimas, que puede haber servido de antecedente a la presente. Creemos por tanto que sería posible valorar los bienes teniendo en cuenta, por ejemplo, el valor catastral de los mismos, o el declarado a efectos del impuesto de patrimonio del aportante, o cualquier otro, ya que la ley lo único que exige es que se “especifiquen los criterios de valoración utilizados” (23). Otro tema distinto a la hora de aconsejar a los constituyentes, es la conveniencia o no del valor que se dé a los bienes, ya que, aun cuando la fundación va a estar normalmente exenta del impuesto de transmisiones o sociedades por incremento de su patrimonio como consecuencia de la aportación, podrá, sin embargo, verse perjudicada en el futuro si el valor es bajo y su proyecto es enajenar los bienes. Habrá, pues, que ponderar las conveniencias tanto de la fundación como del aportante.

“En uno y otro caso, sigue diciendo el precepto, se acreditará ante el Notario actuante la realidad de las aportacio-

(23) De todas formas la supresión de la vulgarmente llamada “plusvalía del muerto” en el IRPF, reiterada para las fundaciones en el artículo 62 de la Ley, resuelve el importante problema que se planteaba al constituir una fundación con la plusvalía que se podía generar en el patrimonio del donante a efectos del impuesto.

nes". Dejando a un lado la pintoresca denominación de "actuante" atribuida al Notario que autoriza la escritura, que es una manifestación más de la ignorancia al uso sobre las características e incluso terminología notarial, la norma impone una obligación al Notario que puede plantear algunos problemas. Si se trata de aportación en dinero lo mejor será utilizar la fórmula que para acreditar la realidad del desembolso de las aportaciones a sociedades anónimas establece el art. 40 L.S.A., es decir, exigir la entrega e incorporar a la escritura el resguardo de depósito de la aportación en una entidad de crédito, sistema utilizado ya en la práctica ahora, o recibir el Notario el dinero para ingresarlo él mismo en una entidad de crédito a nombre de la fundación.

Más difícil puede resultar nuestra actuación en los supuestos de aportaciones no dinerarias. Paradójicamente esta Ley va más lejos que la de sociedades anónimas al exigir también, en el supuesto de aportaciones no dinerarias, que se acredite al Notario la "realidad" de la aportación. No parece que el Notario deba meterse a determinar si la valoración de los bienes es o no correcta, cumpliendo con recogerla en la escritura y expresar el criterio seguido para valorar. Esa función corresponde al Protectorado. La función del Notario, creo debe limitarse a comprobar que se han cumplido los requisitos que las leyes exigen para la transmisión de los bienes a la fundación. Es decir, si se trata de inmuebles, parece que el Notario cumplirá con esta obligación examinando los títulos del aportante y si acaso comprobando en el Registro la situación registral. En ningún momento, sin embargo, el Notario responderá de los defectos en la titularidad del aportante que no resulten de dichos títulos ni mucho menos de la posible pérdida por la fundación de los bienes en caso de evicción, ya que no debe olvidarse que no juega a favor de ella el art. 34 por ser adquisición a título gratuito. En el supuesto de aportación de bienes muebles convendrá, tal vez, exigir los títulos de

adquisición, cuando los haya, que no siempre será así. Por último en el caso de aportación de créditos creo que sería prudente que el Notario notifique al deudor la cesión para evitar que pueda liberarse pagando al primitivo acreedor.

El precepto en su número 4 acepta como dotación *“el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas”*. En este punto el Notario, creo que debe limitarse en la escritura a recoger dicho compromiso en condiciones que lo hagan válido y expresar la garantía, pero sin entrar en ningún momento a juzgar ésta, misión que corresponderá al Protectorado al calificar la suficiencia de la dotación.

d) *“Los estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del art. siguiente”*.

e) *“La identificación de las personas que integran el órgano de gobierno, así como su aceptación, si se efectúa en el momento fundacional”*.

240

Si se trata de personas físicas deben tener *“plena capacidad de obrar y no estar inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos”* (art. 13.2). Si son personas jurídicas deberán *“designar a la persona natural que las representen”* (art. 13.3). Es decir, como en las sociedades anónimas cabe que sean designadas personas jurídicas pero se exige una persona física que sea su representante permanente.

El patrono persona física no puede hacerse sustituir en el cargo, ya que debe ejercerlo personalmente. Se exceptúa el supuesto de titulares de cargos públicos llamados por razón de los mismos (art. 13.5). Lo que no dice el precepto es si en este supuesto el cargo público puede enviar cada vez una persona distinta que le represente o debe, como se exige para las personas jurídicas, nombrar un representante permanente.

En el caso de no haber aceptado en el propio momento fundacional el art. 13.3 prevé la posibilidad de aceptar en *“documento público (que entiendo no puede ser otro que la escritura notarial), en documento privado con firma legítima-*

da por Notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de fundaciones”.

Este es el contenido mínimo de la escritura de constitución de la fundación, aparte pueden establecerse otros requisitos o previsiones que el fundador juzgue oportunas y no se opongan a lo dispuesto en la Ley.

2.5. Estatutos de la fundación.

El art. 9 establece las menciones mínimas que deben contener los estatutos de la fundación. Veamos cuáles son éstas.

2.5.1. *“La denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra fundación, que no podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de fundaciones”.*

241

Son dos los requisitos contenidos en este número. El primero la necesidad de contener la palabra “fundación” en el nombre de la entidad. Este es fácil de cumplir. El segundo que no coincida o se asemeje de manera que pueda crear confusión con otra previamente inscrita. Este segundo requisito puede ser difícil de cumplir al no existir un registro de denominaciones ni por tanto ser posible, a priori, conocer la existencia de una fundación con nombre idéntico o semejante al que se proyecta adoptar. Además el hecho de que, al menos de momento, siga habiendo diversos registros (dispos. Trans. 4.^a) dificulta más la cuestión. En la práctica además hay muchas fundaciones con un ámbito local (por ejemplo establecimientos de beneficencia, asilos, escuelas, etc.) que es fácil tengan el mismo nombre, lo que hará difícil la efectividad de la norma y exigirá una cierta flexibilidad en su aplicación, sobre todo respecto a las fundaciones ya existentes, para evitar perjuicios derivados de la inexistencia hasta el momento de un Registro único. Por último, parece que

esta prohibición sólo es aplicable respecto de las fundaciones de ámbito nacional, únicas que se inscriben en el Registro central de fundaciones, y no a las clasificadas por las diversas Autonomías en el ámbito de dichas comunidades.

2.5.2. *“Los fines fundacionales”*. Ya hemos hecho algunas consideraciones sobre los mismos con anterioridad (2.2.1.).

2.5.3. *“El domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades”*.

242

En cuanto al domicilio hay que tener en cuenta que el art. 4 exige que estén *“domiciliadas en España las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro de su territorio. Y que las fundaciones tengan su domicilio social en el lugar donde se encuentre la sede de su órgano de gobierno, que deberá radicar en el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades”*. *“Las fundaciones que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero, tendrán su domicilio social en la sede de su órgano de gobierno dentro del territorio nacional”*. Consciente del carácter práctico de estas notas no puedo detenerme en los problemas que puede plantear este artículo con las normas de libre circulación de personas que presiden la Unión Europea.

Son tres, pues, los requisitos. El primero que esté dentro del territorio nacional el domicilio de aquellas fundaciones que desarrollen principalmente su actividad en España. El segundo que éste radique dentro del ámbito de actuación principal, y el tercero, referido a las fundaciones con actividad principal en el extranjero, donde tengan su órgano de gobierno.

En segundo lugar debe expresarse el *“ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades”*. Esta mención tiene una gran importancia, en la actualidad,

por cuanto determina la competencia de los Protectorados. Sin embargo, la legislación de alguna de las Comunidades Autónomas puede inducir a confusión. Mientras en Cataluña habla la Ley de que *“ejercen sus funciones principalmente en Cataluña”* y la Canaria de que *“desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias”*, que en esencia coinciden con lo dispuesto en la Ley general, en cambio en la Ley gallega hay matices que la distinguen de las anteriores pues considera gallegas las fundaciones, no en función de un criterio territorial, sino de interés y así dice que *“la presente ley se aplica a las fundaciones... de interés gallego”*. Y así el número 3 dice que la *“Xunta de Galicia dispensará igualmente la protección conveniente, en los términos de la presente ley, a las fundaciones que tengan por objeto la consecución de intereses gallegos y que están domiciliadas fuera de la Comunidad Autónoma”*. Por poner un ejemplo parece que la Xunta podría inscribir una fundación gallega que tuviera su domicilio en Madrid si su objetivo es mantener en la capital de España una casa Gallega que defienda y propague intereses gallegos.

243

2.5.4. *“Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios”*.

Son dos los requisitos contenidos en este párrafo. El primero es la fijación de *“las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales.”* A este respecto hay que tener en cuenta que, conforme establece el art. 25 a la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el setenta por ciento de las rentas o cualesquiera otros ingresos que obtenga la fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración, a incrementar la dotación fundacional. Quedan excluidas del cumplimiento de este requisito las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial. Por

último esta norma, que ha sido, por su rigidez, muy discutida desde el mundo de las fundaciones, el apartado 2 la suaviza un poco al establecer que el destino de la citada proporción puede hacerse efectivo en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención.

Normalmente los estatutos no suelen recoger más normas en orden a la aplicación de los recursos dejándolo a decisión del Patronato.

En cuanto a las normas para la determinación de los beneficiarios en los estatutos sólo suelen incluirse algunas disposiciones de carácter muy general, como son alguna referencia a que se destinará a “colectividades genéricas de personas” como exige el art. 2.2 o que la selección de los beneficiarios se realizará con “criterios de imparcialidad y no discriminación”, como exige el art. 21.2. Fuera de estas precisiones, innecesarias, por otra parte, ya que están establecidas en la Ley, es frecuente proclamar en los estatutos la libertad absoluta del Patronato en la selección de beneficiarios, dentro de los fines generales y programas concretos de la fundación.

2.5.5. “El órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos”.

Es éste el punto más importante de los estatutos, dado que en la fundación, al no haber socios, no se aplican los principios democráticos en el gobierno de la entidad y requiere un cierto cuidado la regulación estatutaria en esta materia.

Antes de la Ley había una total libertad que ha dado lugar a una amplia gama de posibilidades. La Ley, como veremos, restringe algo, aunque hay que reconocer que es poco esta libertad. Veamos, por separado, las menciones que exige la Ley.

En primer lugar “el órgano de gobierno y representación de la fundación”. El art. 12 precisa que su denominación debe ser “Patronato”. Aunque éste era el nombre tradicionalmente utilizado por la práctica lo cierto es que en ocasiones los estatutos anteriores le denominaban también “Junta Rectora”, “órgano rector”, “Junta Directiva”, “Gerencia”, etc. Parece que cualquiera de estas denominaciones debe ceder a la de Patronato, sin perjuicio de que dentro de éste, como órgano supremo, se puedan crear, como veremos, órganos inferiores de carácter ejecutivo con diversos nombres.

Pide luego la Ley que se determine su composición. Pero luego exige que tenga un mínimo de tres miembros, excluyendo las fórmulas unipersonales, bastante frecuentes en la práctica, e incluso las duales, bien sea solidarias o mancomunadas. O sea, que las fundaciones, a diferencia por ejemplo de las sociedades, deben estar forzosamente dirigidas por un órgano plural. Es una imposición legal que no parece responder a una razón lógica por cuanto hay fundaciones de fines sencillos, por ejemplo concesión de una beca anual, y patrimonio escaso, cuya organización no parece hacer necesario un Patronato compuesto por una pluralidad de personas.

El Patronato tendrá un presidente que elegirán entre ellos los patronos salvo que estuviera prevista de otro modo su designación. Por ejemplo un presidente nato o designado cada vez por el fundador o por otro organismo distinto del Patronato. No es preciso, pero puede existir el cargo de secretario. Cuando exista, dice el art. 13.1 *“podrá recaer en una persona que no sea miembro del Patronato, en cuyo caso tendrá voz pero no voto”*.

Hay que fijar a continuación las reglas para la designación y sustitución de sus miembros. En este punto hay una gran flexibilidad tanto en cuanto a la designación como a la duración del mandato. Los patronos pueden ser vitalicios o temporales. En este segundo caso se puede libremente fijar el plazo de duración.

Se suele distinguir entre patronos natos y electivos. Son natos los nombrados directamente por el fundador y normalmente son vitalicios, o si son personas jurídicas, perdurables. También son miembros natos los nombrados por razón del cargo que desempeñan, cuya duración va vinculada al tiempo que ejercen dicho cargo. En cuanto a los electivos hay también diversas fórmulas para su elección. Cabe que el fundador, sobre todo si es persona jurídica, se reserve el nombramiento o sustitución de los miembros del Patronato, o incluso el ejercicio del Patronato bien por su propio órgano de administración, bien por un órgano delegado del mismo. Se puede atribuir la designación de todo o parte de los miembros del Patronato a una persona física o jurídica, aunque no sea fundadora. Supuesto éste distinto a la designación de la propia persona jurídica como miembro del Patronato.

246

Puede, por último, concederse al Patronato la facultad de realizar su propia renovación por cooptación de sus miembros. Incluso cabe que esta cooptación se realice exclusivamente por alguno de los miembros, como pueden ser los natos. Y en todo caso pueden respetarse los “quorums” normales o establecer “quorums” reforzados.

La flexibilidad, en este tema, es pues grande, y la Ley no establece normas al respecto por lo que es conveniente regular meticulosamente el punto en los estatutos.

En cuanto a la sustitución de los miembros del Patronato se producirá en la forma prevista en los estatutos. El art. 16, sin embargo, prevé que *“cuando no fuere posible se procederá de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de esta Ley”*, que es el que regula la modificación de estatutos, pero *“el Protectorado queda facultado, hasta que la modificación estatutaria se produzca, para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación”*. Es curioso que el precepto habla de “persona o personas” por lo que parece posible el nombramiento, en este supuesto, de un Patro-

nato unipersonal, lo cual resulta tanto más raro cuanto que su misión es nada menos que la modificación de los estatutos. Se ha de entender que ésta será, junto con la administración ordinaria de la fundación, la única misión de este Patronato y que la modificación sólo deberá versar sobre la forma de designar los patronos y no sobre otros puntos de los estatutos cuya modificación, en su caso, debe corresponder al Patronato normal. En cuanto a esta modificación de estatuto aunque tampoco lo diga el precepto deberá, a mi juicio, adaptarse todo lo posible al espíritu del fundador nombrando personas o entidades que, de las propias normas dictadas por éste, se deduzca que habría él designado.

Por último el mismo art. 16 establece las causas de cese de los patronos que son las siguientes:

a) *“Por muerte, declaración de fallecimiento, así como por extinción de la persona jurídica”*. Extinción debe ser tomado en sentido estricto y creo que cuando se produzca por fusión con otra la nueva sustituirá a la antigua en el ejercicio del cargo, aunque habiendo sido absorbida la designada técnicamente se extinga.

b) *“Por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad de acuerdo con lo establecido en la ley”*. También aquí creo que habrá que distinguir entre patronos natos y electivos. Cuando alguien sea patrono nato parece razonable que el caso de incapacidad sea sustituido en el cargo por sus representantes legales. Y en cuanto a los supuestos de inhabilitación o incompatibilidad también parece lógico, pese a lo dispuesto en el precepto, que se produzca una situación de suspensión en el ejercicio, que no de cese en el cargo y que recuperará la plenitud de sus derechos cuando desaparezca la causa.

c) *“Por cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato”*.

d) *“Por no desempeñar el cargo con la diligencia prevista en el apartado 1 del art. anterior, si así se declara en*

resolución judicial". La intervención judicial es una garantía frente a posibles veleidades del Protectorado y significa una novedad en nuestro Derecho. (Puede verse, por ejemplo, lo que dispone el art. 18.2 del Reglamento de Fundaciones Culturales, derogado por esta Ley.)

e) *"Por resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por los actos mencionados en el apartado 2 del art. anterior"*.

f) *"Por el transcurso del período de su mandato, si fueron nombrados por un determinado tiempo"*. Falta aquí alguna norma flexible como existe en materia de sociedades que evitara, en el caso de haber transcurrido el plazo, un vacío en la administración de la fundación. Como en las fundaciones, al no haber junta general, es todavía más importante que en las sociedades no quedarse sin administradores, creo sería muy conveniente introducir en los estatutos alguna previsión al efecto.

248

g) *"Por renuncia, que deberá hacerse mediante comparecencia al efecto en el Registro de Fundaciones o bien en documento público o en documento privado con firma legitimada por Notario, que se hará efectiva desde que se notifique formalmente al Protectorado"*. Sorprende en este precepto que no se haga referencia alguna a la notificación al propio Patronato de la renuncia, que es a quien verdaderamente interesa. También hubiera sido conveniente, y podría establecerse en estatutos, algunas condiciones para la renuncia con objeto de evitar perjuicios a la fundación. Debe tenerse en cuenta que el cargo es gratuito pero, una vez aceptado, obliga al nombrado a desempeñarlo *"con la diligencia de un representante legal"* (art. 15.1) por lo que no es aventurado entender que deban aplicarse en el caso de renuncia los preceptos del Código civil en materia de renuncia del mandatario (art. 1.736 y 1.737).

h) *"Por las causas establecidas válidamente en los estatutos"*. Los estatutos podrán modalizar, como hemos visto, alguna de las causas establecidas en la Ley, pero pueden

también incluir otras nuevas siempre que respondan a una causa válida, lo que significa que no sea contraria a la ley o la moral (art. 1.275 del C.c.).

Siguiendo con las menciones obligatorias que deben contener los estatutos el art. 9. e) se refiere a "*las atribuciones del Patronato*". El Patronato debe, en principio, estar investido de todas las facultades precisas para la gestión y representación de la fundación. Es difícil prever la posibilidad de establecer limitaciones a estas facultades pues implicaría privar a la fundación de una parte de su capacidad. Y sin embargo sí cabe prever algunas, incluso de las recogidas en la propia ley. El fundador puede privar, por ejemplo, al Patronato de la facultad de modificar los estatutos de la fundación, si bien según reforma introducida por el Senado incluso en ese supuesto puede realizarse con autorización del Protectorado (art. 27.2). También parece que podrá prohibir la fusión con otras fundaciones, pues aunque no esté expresamente contemplado en el art. 28 si se reconocen al fundador facultades para prohibir la modificación de estatutos implícitamente se le están reconociendo para impedir la fusión que significa una derogación de los mismos. Únicamente en el supuesto de que la fundación sea absorbente y los fines de la fundación absorbida coincidan con los de la absorbente, y se mantengan los órganos de gobierno de ésta, puede darse un supuesto de fusión sin modificación estatutaria. El fundador puede dar o no al Patronato facultades para determinar el destino de los bienes una vez extinguida la fundación (art. 31.2). Pero aparte de estos supuestos, previstos en la Ley, no parece que haya inconveniente en que los estatutos requieran para algunos actos de especial transcendencia algún consentimiento externo como por ejemplo del propio fundador, si existe, o de terceras personas, físicas o jurídicas, o del propio Protectorado. Así, no creo hubiera inconveniente en exigir este requisito para los actos en que la Ley exige la autorización del Protectorado, naturalmente además de la de éste.

Por otra parte y, salvo que los estatutos lo prohibieran, el Patronato *“podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros. No son delegables la aprobación de cuentas y del presupuesto ni aquéllos actos que requieran la autorización del Protectorado”*. *“Podrá, también, nombrar apoderados generales o especiales, salvo que los estatutos dispongan lo contrario”*. *“Las delegaciones y apoderamientos generales y su revocación deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones. Así lo establece el art. 14 de la Ley”*.

La última mención que contempla este número del art. 9 de la Ley es *“la forma de deliberar y adoptar acuerdos”*. La Ley no prevé nada con carácter ni imperativo ni subsidiario, por lo que habrá que recoger en los estatutos las líneas generales a las que deba sujetarse el Patronato. En concreto la forma de tomar acuerdos, que podrá, creo, en algunos supuestos sustituirse por adhesión escrita y sin reunión a determinadas propuestas. La forma de convocar, en su caso, las reuniones, quien puede hacerla, quien puede exigir que se haga, y la necesidad que parece lógica de expresar el orden del día, así como la fecha, hora y lugar de reunión. También puede preverse, lo que ahora no acepta algún Protectorado en una interpretación rigurosa del Reglamento de Fundaciones Culturales, la posibilidad de celebrar dos convocatorias con “quorums” distintos. Los “quorum” de celebración o de voto, así como el reforzado, en su caso, para ciertos asuntos. La forma de aprobar las actas y quien tiene poder certificante en la fundación. Sobre nada de esto establece límites la Ley por lo que entiendo cabe una cierta flexibilidad. La única limitación, que ya apunté, es que el cargo de patrono cuando recae en persona física deberá ejercerse personalmente (art. 13.5), pero entiendo que esto no implica que si el patrono se ve imposibilitado de asistir a una sesión no pueda delegar en otro patrono su representación.

2.5.6. Por último el art. 9 permite incluir en los estatutos *“cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los fundadores tengan a bien establecer”*.

Antes de la publicación de la Ley era normal incluir una cláusula en la que se afirmara la capacidad general de la fundación para toda clase de actos jurídicos. Se trataba de una reminiscencia que trataba de poner al resguardo la fundación de las leyes desamortizadoras estableciendo la libertad de los órganos de la fundación para invertir libremente los bienes de ésta. Hoy creemos innecesaria esta cláusula ya que la Ley claramente permite en su art. 17.1, que el *“patrimonio de la fundación puede estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica”*. Y en su número 2 que *“la administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la Ley”*. Este precepto implica una derogación implícita de las leyes desamortizadoras en lo referente a las fundaciones.

También era frecuente introducir en los estatutos normas que establecían la forma de custodiar los bienes de las fundaciones y la obligación de inscribir sus bienes en los Registros pertinentes. Tampoco creo que esto sea necesario recogerlo en los estatutos, aunque puede hacerse.

Tampoco parece necesario incluir en los estatutos la gratuidad de los cargos de patrono por cuanto claramente lo establece la Ley cuando en su art. 13.4 al decir *“los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin que en ningún caso puedan percibir retribución por el desempeño de su función”*. Únicamente establece el 13.6 que *“los patronos tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, salvo disposición en contrario del fundador”*. Cuando el fundador quiera prohibir que incluso se les satisfagan estos gastos deberá recogerse expresamente en los estatutos. No obstante y pese a no ser necesario puede ser conveniente incluir una

previsión al efecto para evitar suspicacias en los Protectorados y, sobre todo, en el Ministerio de Hacienda. Un tema relacionado con éste es el de si los patronos podrán recibir alguna retribución, no en su calidad y por su trabajo de patronos, sino por otras actividades que realicen para la fundación, por ejemplo un director de un colegio perteneciente a una fundación que es nombrado miembro del Patronato. Creemos que es indudable que respecto de las actividades que normalmente son retribuidas y que exceden de las propias del Patronato no debe haber obstáculo para su retribución, de otra forma se impediría que personas, que son las que mejor conocen la fundación por trabajar para ella, no puedan acceder nunca al Patronato. Se basa esta opinión en la distinción entre el miembro del Patronato y empleado de la fundación que puede, ocasionalmente, coincidir en la misma persona. De todas formas no estaría mal que el futuro Reglamento de Fundaciones incluyera alguna aclaración al respecto.

También era frecuente, cuando cabían las fundaciones a fe y conciencia, establecer estatutariamente la obligación de rendir cuentas al Protectorado. Siendo ésta, en la nueva Ley, una obligación inherente a todas las fundaciones no debería ser necesario repetirla en los estatutos.

2.5.7. Sumisión de los estatutos a la Ley.

El art. 1.2 dice que *“las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y, en todo caso, por lo dispuesto en la presente Ley”*. Más bien debería haber puesto delante la Ley dado que el art. 9.2 establece que *“toda disposición de los estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la presente Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso no procederá la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones”*.

Tal y como está redactado el precepto plantea algunos problemas. El primero determinar qué es lo que afecta a “la validez constitutiva de la fundación”. Esta determinación es importante por cuanto si no afecta la fundación se tendrá por constituida y parece que las disposiciones del fundador pueden quedar sin efecto, mientras que si afecta a la validez constitutiva el fundador puede repensarse el tema y volverse atrás de su decisión dejando sin efecto la fundación. Nada dice la Ley en torno a qué afecta a la validez constitutiva. Parece que afectará a dicha validez los defectos de capacidad, falta de interés general de los fines, insuficiencia de la dotación o falta de los requisitos formales establecidos en la Ley para la constitución. Fuera de estos supuestos no parece que el defecto pueda afectar a la validez constitutiva ya que, si acaso afectará a la validez o no de alguna disposición concreta. Pero sí creo que el fundador puede elevar a categoría de requisito de validez constitutiva cualquier decisión contenida en los estatutos o en la escritura si lo contempla como condición suspensiva de la propia constitución. Y esta práctica, habitual en la constitución de las fundaciones en este momento, evitaría la inscripción de la fundación pese a que el Registro o el Protectorado en su informe previo consideren alguna cláusula concreta contraria a la Ley ya que entraría en juego la condición y el fundador podrá considerar su postura y aceptar lo dicho por el Registro o dejar sin efecto la fundación que es lo que parece podrá hacer al denegarse la inscripción.

2.5.8. La inscripción en el Registro.

El art. 3.1 de la Ley dice que “*las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones*”. Cambia este precepto la doctrina tradicional en nuestro país, ratificada reiteradamente por el Tribunal Supremo

que consideraba adquirida la personalidad jurídica desde que de cualquier forma se expresaba la voluntad de fundar.

La inscripción, sigue diciendo el precepto citado *“sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley”*. Esta norma significaba la introducción en nuestro Derecho de fundaciones del principio de legalidad en virtud del cual la inscripción se realiza por un funcionario independiente y teniendo en cuenta sólo si la escritura y estatutos están o no ajustados a la Ley. A tal efecto el art. 36.1 crea *“un Registro de Fundaciones en el Ministerio de Justicia e Interior, que tendrá por objeto la inscripción de las fundaciones de competencia estatal”*. Se trata pues de crear un Registro jurídico. Bien es verdad que este Registro, que en los proyectos se encomendaba, precisamente por su carácter jurídico, al Ministerio de Justicia, aparece ahora, como consecuencia de los avatares de la política atribuido al Ministerio de “Justicia e Interior” y siembra la duda si, cuando se realice la lógica separación de Ministerios, se atribuirá a uno u otro no pudiendo olvidar que las fundaciones ya estuvieron durante mucho tiempo bajo la competencia del entonces Ministerio de la Gobernación.

254

La Ley debería haberse parado aquí y habría instaurado en consecuencia un sistema normativo de constitución de las fundaciones que respetaría la voluntad del fundador, protegida por la Constitución, pero, por desgracia, no ha sido así y ha vaciado de contenido lo dispuesto en el art. 3.2 al incluir más adelante dos normas que lo vacían, prácticamente de contenido. Una es la disposición transitoria cuarta que establece que *“a los efectos previstos en la presente Ley y en tanto no entre en funcionamiento el Registro de Fundaciones a que se refiere el art. 36, subsistirán los Registros de fundaciones actualmente existentes”*. Como no se establece plazo alguno para la puesta en servicio del Registro único, es de temer que continúe el fraccionamiento de Registros llevados por los Protectorados, lo cual es especialmente grave en estos primeros momentos en que deberán adaptarse a

la nueva Ley todas las fundaciones existentes, si los Protectorados no se ponen de acuerdo, y lo que es más grave ponen de acuerdo a sus respectivos servicios jurídicos, en los criterios de aplicación de la Ley. Más grave es lo dispuesto en el art. 36.2 que para la inscripción requiere *“el informe favorable, en cuanto a la persecución de fines de interés general y a la determinación de la suficiencia de la dotación, del órgano al que corresponda el ejercicio del Protectorado”*. Este precepto, que ha sido duramente criticado (24), deja, a criterio del Gobierno, la decisión de una cuestión tan importante como la de que son fines generales, que con la desdichada enumeración que hemos visto ha recogido la Ley en su art. 2.1 me temo se limite a los allí establecidos. Lo que sí parece desprenderse del texto de la Ley es que el informe del Protectorado debe limitarse a los dos puntos previstos en el artículo 36.2 de la Ley y no podrá extenderse a los restantes aspectos de la Carta Fundacional y de los estatutos respecto de los cuales el encargado del Registro será el único responsable en su calificación.

255

La inscripción contendrá necesariamente los extremos a que se refiere el art. 8 (art. 36.3). *“El Registro será público. La publicidad se hará efectiva por certificación de los asientos expedida por el responsable del Registro o por simple nota informativa o copia de los asientos”* (art. 36.4 y 5).

(24) El problema de quién debe determinar el carácter de interés general de los fines se resuelve de forma distinta según la filosofía jurídico-política del legislador. Quienes defienden la autonomía de la sociedad niegan que el Gobierno sea quien deba decidir qué fines son de interés general. Puede verse esta tesis defendida por JOSÉ LUIS ALVAREZ en el citado encuentro de El Escorial, pág. 68. En sentido opuesto se pronuncian quienes consideran al Estado como el gestor de dicho interés general y a los particulares como meros coadyuvantes de aquél. Véanse en este sentido las intervenciones en dicho encuentro de PEDRO LESCURE, pág. 39, y M.^a EUGENIA ZABARTE, pág. 128. Por desgracia es esta última opinión la que se recoge en la Ley.

2.5.9. La fundación en proceso de formación.

Por último y para concluir estas notas en lo relativo a la constitución de la fundación el art. 11 establece que *“otorgada la escritura fundacional y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones, el órgano de gobierno de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos”* (25).

256

III. La vida de la fundación

Voy a apuntar algunas notas sobre los aspectos más importantes que afectan a la vida de las fundaciones y tienen relación con el quehacer notarial.

1. La suspensión de los patronos.

Al estudiar las menciones necesarias de los estatutos de la fundación he hecho referencia a los supuestos de sustitución y cese de los patronos. Aquí me limitaré a señalar que la suspensión de los patronos, que en la anterior legislación podía ser acordada por el Protectorado, en ciertos supuestos, queda, tras la Ley, reservada a la autoridad judicial al establecer el art. 16.3 que *“la suspensión de los patronos podrá ser acordada cautelarmente por el Juez cuando se*

(25) Sorprende que la responsabilidad se haga recaer sobre los patronos y no alcance también al fundador que suele ser el económicamente más fuerte y el que constituye la fundación.

entable contra ellos acción de responsabilidad". Sólo en el supuesto de no ser posible sustituir a los patronos en la forma prevista en los estatutos, concede el artículo 16.1 de la Ley la facultad al Protectorado de designar uno o varios patronos provisionales.

2. Administración y disposición del patrimonio.

La legislación vigente hasta ahora en materia de fundaciones era, por una parte, bastante restrictiva en cuanto a las facultades del Patronato en orden a la administración y disposición de los bienes de la fundación, pero por otra bastante más liberal. En efecto, y prescindiendo de la posible aplicación de las leyes desamortizadoras que obligaban a convertir en láminas de deuda perpetua los bienes de la fundación, y que en la práctica, y con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo y la actuación liberal de los Protectorados no se aplicaban, sin embargo, la enajenación de bienes inmuebles de las fundaciones benéficas o mixtas exigían autorización del Protectorado y pública subasta (Regulaba el tema el Real Decreto de 29 de agosto de 1923). No obstante y según establece el art. 7 de dicho Real Decreto el requisito de la subasta no era preciso si el fundador así lo hubiera establecido, y por último se entendía que el fundador podía eximir también del requisito de la autorización previa, ya que si podía instituir la fundación a fe y conciencia eximiéndola de toda intervención del Protectorado, con mayor razón podría eximirla de la intervención de éste en algunos actos concretos como pueden ser los de enajenación. Aplicando la anterior doctrina las fundaciones modernas normalmente incluían en sus estatutos disposiciones liberalizadoras que instauraron la independencia de los órganos de gobierno en orden a la administración o disposición de los bienes de la fundación, siempre que así lo hubiera querido el fundador. Distinta fue la posición de las fundaciones de educación y culturales a partir de la publicación

del Reglamento de 1972 en el que se introdujo la necesidad de autorización del Protectorado en una serie de supuestos, si bien permitía a éste dispensar del procedimiento de subasta. En el Reglamento esta norma era imperativa y no cabía, por tanto, su derogación en los estatutos.

En la Ley que ahora ha entrado en vigor por una parte parece que desaparece la liberalización existente para las fundaciones benéficas al suprimir la posibilidad de crear fundaciones a fe y conciencia y a su amparo suprimir, aunque sea sólo para determinados actos, las autorizaciones de los Protectorados. De otra parte suaviza un poco la intervención administrativa reduciendo los supuestos de autorización, aunque es de lamentar no los haya suprimido totalmente reduciendo la intervención del Protectorado al control posterior de cuentas y actividades. Veamos, brevemente, cuáles son los supuestos de intervención de los Protectorados en la vida de las fundaciones una vez publicada la nueva Ley.

2.1. *Enajenación y gravamen de los bienes pertenecientes a la fundación.*

Hemos de distinguir dos supuestos distintos:

2.1.1. Se requiere previa autorización del Protectorado para enajenar o gravar los bienes siguientes:

— *“Los bienes y derechos que formen parte de la dotación”*. Este apartado resulta ambiguo ya que la dotación, con frecuencia, se compone de bienes que deben enajenarse para componer un patrimonio fructífero, o bien es una cantidad en dinero. Parece que habrá que interpretar la norma en el sentido de entender incluidos aquellos bienes en que se haya invertido la dotación fundacional. De todas formas, y para evitar malentendidos, sobre todo en herencias, será conveniente en el testamento establecer que los bienes comprensivos de la misma deberán ser enajenados por los alba-

ceas para componer con el importe obtenido el capital de la fundación, evitando así la necesidad de obtener autorización para su enajenación, y naturalmente dejando a salvo aquellos bienes que el fundador desee que pasen directamente a integrar el patrimonio fundacional, como pueden ser inmuebles en que se haya de radicar una institución u otros parecidos. De todas formas y estando, frecuentemente, el patrimonio de la dotación compuesto por valores en que se ha invertido aquélla no deja de ser anómalo exigir para su enajenación la autorización del Protectorado que hará, si no se da una interpretación flexible al precepto, imposible el normal desenvolvimiento de la vida fundacional.

— *“Los bienes que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales”*. Se tratará normalmente de edificios en los que desarrolle la actividad de la fundación lo que será frecuente en asilos, colegios, hospitales, etc.

— Los que *“representen un valor superior al veinte por ciento del activo de la fundación según resulte del último balance anual”*.

En estos tres supuestos el Protectorado *“podrá exigir que se le acrediten las condiciones y circunstancias concurrentes”*. Y *“la autorización no será necesaria para los actos de disposición de donaciones o subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma”*.

2.1.2. Habrá de darse cuenta al Protectorado *“inmediatamente”* de *“la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de extraordinario valor no incluidos en el apartado anterior (el que exige autorización previa)”*.

2.1.3. También es necesaria la *“autorización, o en su caso, comunicación para comprometer en árbitros de equidad o para celebrar transacciones respecto a los bienes y derechos a que se refieren los apartados anteriores”*. En cambio no

parece precisa la autorización si el compromiso es en árbitros de Derecho. Por último en el apartado 4 del art. 19 que contiene las anteriores normas se establece que *“las enajenaciones o gravámenes a que se refiere el presente artículo, y en general todas las alteraciones superiores al diez por ciento del activo de la fundación, se harán constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico”*. Aunque la redacción no es muy feliz se desprende del precepto que además de incluir estos movimientos en la rendición de cuentas que deben enviarse al Protectorado habrá que comunicarlo al Registro, que, no se olvide, en el futuro, va a ser distinto y que convierte a éste, no sólo en un Registro de personas, sino también en un Registro de bienes.

2.2. Herencias y donaciones.

260

2.2.1. *“La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario”*. Parece, que dado lo establecido en el precepto, en primer lugar es obligatoria la consecuencia y en segundo lugar automática. No está claro en este punto si es precisa la aceptación expresa de herencia ni quién deberá hacerla ya que la fundación, según parece deducirse de la Ley no adquiere su personalidad jurídica hasta la inscripción en el Registro. Precisamente obviar la situación que producía la herencia deferida a una fundación no constituida es lo que llevó a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a entender que la fundación estaba dotada de personalidad jurídica desde el mismo momento de la muerte del testador. La nueva Ley no aclara esta cuestión. No está claro si la aceptación de la herencia puede ser hecha por los albaceas, incluso expresamente autorizados para ello, o debe serlo por el Patronato una vez constituido. De todas formas nos encontramos con una sucesión a favor de un ente no existente con todos los problemas que al respecto ha planteado la

doctrina, y que no parece éste el momento de estudiar (26).

El hecho de entender aceptada siempre la herencia a beneficio de inventario que parece una norma protectora de las fundaciones es en realidad un perjuicio para ella. El beneficio de inventario está previsto en nuestro Derecho como una facultad concedida al heredero de la que puede o no usar libremente y para evitar la responsabilidad por deudas del causante. Pero su uso implica una serie de enojosos trámites judiciales que, entre otras cosas, encarece y retarda la libre disposición de los bienes, de aquí que su uso sea muy poco frecuente. Imponerlo con carácter forzoso a las fundaciones judicializa la adquisición de la herencia por la fundación, con todos los inconvenientes que conlleva incluso en el supuesto de que la fundación surja con la herencia, en cuyo caso, al no tener otros bienes distintos de los comprendidos en aquélla no parece existir peligro e impide a los representantes de la fundación ponderar, por sí mismos, y bajo su responsabilidad, si es o no necesario acudir al beneficio. Todos estos inconvenientes se mantendrán hasta que se confíe a los Notarios la realización del inventario, lo que es lógico y esperamos se haga algún día dentro de la política de desconcentración de funciones judiciales. Mientras esto no ocurra tal vez sea más conveniente para las fundaciones dejarle los bienes por vía de legado que por vía de herencia.

261

2.2.2. *“La aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional requerirán la previa autorización del Protectorado”*. El precepto no deja de ser curioso ya que si la carga impuesta puede desnaturalizar el fin fundacional lo lógico es que se prohibiera la aceptación. De todas formas el juicio sobre la naturaleza de la carga parece corresponder al Patronato quien decidirá

(26) Puede verse la cuestión tratada en mi trabajo “Observaciones en torno a una futura Ley de Fundaciones” conferencia pronunciada en Sevilla y citada en la nota 2, págs. 100 y siguientes.

acudir o no al Protectorado. Y éste no podrá interferir la decisión del Patronato si no es haciendo uso de las facultades de inspección que la Ley concede al Protectorado.

2.2.3. Por último y conforme a lo que establece el art. 19.3 *“no se podrán repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado, o en defecto de éste sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público”*. Una vez más se carga a las fundaciones de requisitos perturbadores para su funcionamiento con clara desconfianza en el Patronato que gozó, en cambio, de la confianza del fundador.

2.3. *Actividades mercantiles de las fundaciones.*

262 El tema de la realización de actividades mercantiles por las fundaciones ha sido objeto de amplia discusión desde la publicación de la importante obra de VALERO AGÚNDEZ sobre el tema (27). Fiel a mi propósito al preparar estas notas voy a dejar de lado toda opinión crítica sobre lo dispuesto en la Ley y limitarme a recordar lo establecido en ésta en su art. 22.

2.3.1. Participación en sociedades.

— *“Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales”*.

— *“Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada la responsabilidad”*. En este punto la Ley deja algunas sombras. En pri-

(27) *La Fundación como forma de empresa*. Valladolid, 1969.

mer lugar cuál será la posición en el supuesto de que la participación no sea mayoritaria. En este caso, y dada la prohibición del párrafo anterior, parece lógico entender que la fundación deberá desprenderse de dichas participaciones, y si los otros socios no desearan adquirir su participación y existiera el pacto de continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido, no quedaría otro remedio que solicitar la disolución parcial del contrato de sociedad, si ésta es por tiempo indefinido. En otro supuesto no se ve bien cómo podrá separarse la fundación.

— *“Las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado con carácter inmediato a que la misma se produzca”*. La propia Ley en su Título II al tratar del régimen tributario de las entidades sin fines lucrativos exige, por su parte, en su art. 42.1 c) para disfrutar del régimen fiscal previsto en el caso de ser *“titulares directa o indirectamente de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, acreditar al Ministerio de Economía y Hacienda, a través del órgano de Protectorado correspondiente”* no sólo *“la existencia de dichas participaciones”* sino también *“que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines recogidos en la letra a) del apartado 1 del mismo art. (que son los fines considerados de interés general) y no supone una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades mencionadas en este Título”*. No se comprende bien qué es lo que pretende este precepto. Normalmente la participación en las sociedades mercantiles lo que pretende es la obtención de beneficios con los que atender las actividades de la fundación, pero naturalmente esto no quiere decir que dicha titularidad en sí misma, por regla general, coadyuve al cumplimiento de los fines. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de un mecenas que deje toda su empresa a una fundación y que ésta, con los beneficios recibidos de la misma realice una importante labor de interés general. ¿Se entiende que

dicha titularidad de la empresa, incluso como socio único de ella, coadyuva al mejor cumplimiento de los fines de la fundación? Yo creo que hay que entender que sí, pero de todas formas la redacción del precepto no deja de ser confusa y mostrar, una vez más, el recelo que tradicionalmente ha sentido por las fundaciones el Ministerio de Hacienda.

2.3.2. Actividades mercantiles directamente realizadas por las fundaciones.

264 Curiosamente la Ley no trata este supuesto que es el que puede ser más conflictivo. Se trata de la posibilidad de que la propia fundación, sin interposición de sociedad, ejerza una actividad mercantil, lo que por cierto hoy, dado el triunfal expansionismo que estamos sufriendo de lo mercantil, es bastante fácil. ¿Puede la fundación realizar estas actividades? El proyecto presentado por el Ministerio de Justicia en 1979, y que era, por cierto, bastante más liberal que el presente, preveía este supuesto, reconocía expresamente a las fundaciones la posibilidad de “ejercer empresas o actividades industriales o mercantiles cuando sean adecuadas para la consecución del fin fundacional o cuando la empresa forme parte del conjunto de los bienes aportados” pero puntualizaba que “en estos casos la empresa mercantil seguirá sometida a su régimen jurídico propio”.

La presente Ley curiosamente nada dice al respecto, y digo curiosamente porque si obliga a transformar las sociedades con responsabilidad personal en sociedades en las que la responsabilidad sea limitada, hubiera parecido lógico imponer la misma obligación en el supuesto de empresas mercantiles directamente gestionadas por la fundación. Ante la ausencia de prohibición y dado que el patrimonio de la fundación puede *“estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica”* hay que entender que es posible la realización por la propia fundación de actividades mercantiles e incluso la gerencia de em-

presas de tal tipo. Esto lo ratifica, aunque de forma indirecta, el art. 42.2 de la propia Ley incluido en el título referente al tratamiento fiscal de las fundaciones, que, como es sabido, fue, en un primer momento, una ley separada y al refundirse con la que trata los aspectos civiles se resiente de cierta falta de coordinación. Dicho número 2 dice que *“no se considerarán entidades sin fines lucrativos a los efectos de este Título, aquellas cuya actividad principal consista en la realización de actividades mercantiles”*. Tal y como está redactado el precepto cabe extraer de él dos consecuencias. La primera que la exclusión es sólo *“a los efectos de este Título”* lo que implica que cabe que una fundación, aunque no goce de beneficios fiscales, tenga el “status” de fundación y se clasifique incluso si su principal patrimonio es una empresa mercantil. La segunda es que cuando las actividades mercantiles no sean la *“actividad principal de la fundación”* cabe incluso gozar de los beneficios fiscales.

265

De todas formas la Ley más adelante, al establecer el tratamiento de las fundaciones en el Impuesto de Sociedades distingue entre las actividades que constituyen el objeto social de las fundaciones y los obtenidos en el ejercicio de una “explotación económica” que no gozarán de exención. Pero, sorprendentemente, en este mismo precepto la Ley permite extender la exención, en determinadas condiciones, a rendimientos procedentes de explotación económica cuando ésta *“coincida con el objeto o finalidad específica de la entidad, en los términos que se desarrollen reglamentariamente”*. Si éste es el espíritu de la Ley, ¿por qué excluye antes de su régimen las entidades en las que dicha actividad económica sea “principal”?

2.3.3. Autocontratación.

La Ley establece que los patronos *“podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado”*.

3. Contabilidad de la fundación.

La Ley establece que con carácter anual el Patronato deberá confeccionar *“el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados”, “una memoria expresiva de las actividades de la fundación, y de la gestión económica que incluirá el cuadro de financiación así como del exacto cumplimiento de los fines fundacionales”*. La memoria debe especificar *“las variaciones patrimoniales y los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación”*. Igualmente ha de practicar el órgano de gobierno de la fundación *“la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior”* (art. 23,1 y 2).

Las cuentas deben someterse a auditoría externa si concurren, *“en la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias:*

266

— a) *Que el total de su patrimonio supere los cuatrocientos millones de pesetas.*

— b) *Que el importe neto de su volumen anual de ingresos supere dicha cifra.*

— c) *Que el número medio de trabajadores y empleados durante el ejercicio sea superior a cincuenta”* (art. 23.3).

Los documentos establecidos en los números 1 y 2 deberán presentarse en el Protectorado dentro de los seis primeros meses del ejercicio. Y el informe de auditoría en el plazo de tres meses desde su emisión.

IV. Modificación, fusión y extinción de la fundación

Especial importancia revisten las normas recogidas en la Ley relativas a la modificación, fusión y extinción de las fundaciones, a las que es importante prestar atención que aconsejará recoger algunas normas en los propios estatutos de la fundación. No es éste el momento de estudiar en profundidad los problemas que estas operaciones plantean

en materia de fundaciones y sí sólo apuntar algunas ideas de carácter práctico.

1. La modificación de las fundaciones.

Está regulada en el art. 27 de la Ley. En su número 1 prevé que puede acordarse por el Patronato siempre que *“no lo haya prohibido el fundador”*. Luego si el fundador quiere prohibirlo, debe hacerlo expresamente. Si el fundador puede prohibirlo puede también, lógicamente, establecer condiciones a la modificación. Estas pueden consistir bien en poner límites a la misma, como puede ser prohibir la modificación de algún punto de los estatutos como, por ejemplo, de la composición del Patronato, pero dejando libertad para modificar los restantes puntos de los mismos entre ellos los fines, o bien, en sentido inverso estableciendo requisitos o límites especiales para la modificación de los fines haciendo, incluso, constar que si los fines previstos por el fundador perdieran su utilidad puedan ser sustituidos por otros previamente determinados por éste o acordados por el Patronato. También puede, y es frecuente, que el fundador establezca requisitos especiales para la modificación. Por ejemplo, prever un “quorum” especial bien de asistencia bien de votación de los patronos para tomar el acuerdo, incluso exigiendo la unanimidad de todos. También puede exigir el voto favorable, concediéndole por tanto un derecho de veto, a algún patrono ya persona física ya representante de alguna persona jurídica. Puede también exigir el consentimiento de personas distintas de los patronos, por ejemplo, parece lógico que el fundador pueda reservarse la facultad de ser él quien realice la modificación o que sea preciso su consentimiento, lo que es muy frecuente en esta época en que las fundaciones se constituyen por personas jurídicas. Por último puede el fundador establecer que si se dan determinadas circunstancias, como por ejemplo, que no pueda constituirse el Patronato o cumplirse los fines la fundación,

en vez de modificar sus estatutos deberá éste extinguirse.

En una enmienda aceptada por el Senado se permite al Patronato la modificación de los estatutos cuando resulte conveniente en interés de la fundación, incluso si lo ha prohibido el testador, con *“autorización previa del Protectorado”*. A mi juicio esta norma implica una violación del derecho del fundador y no será aplicable si el fundador ha previsto para ese supuesto la extinción de la fundación, aunque sólo sea por analogía de lo dispuesto en el número siguiente del precepto para el supuesto de modificación de las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación.

268

En el art. 27 se concede, como hemos visto, la posibilidad de acordar el Patronato la modificación, e incluso se impone la obligación de hacerlo *“cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus estatutos”*. La fórmula, a mi juicio es excesivamente vaga tanto más cuanto que si el Patronato no da cumplimiento a lo previsto en el apartado anterior, el Protectorado *“deberá acordar, de oficio o a instancia de quien tenga interés legítimo en ello, la modificación que proceda”*. La gravedad de esta norma abre un portillo a una injerencia, a mi juicio injustificada del Protectorado, que sólo podría evitarse estableciendo, como hemos apuntado es posible, que en este supuesto se produzca la extinción de la fundación, facultad que concede en el art. 27.2 la Ley. Es materia que debe ponderarse a la hora de redactar los estatutos.

2. Fusión de fundaciones.

El art. 28 regula la fusión de las fundaciones. También reconoce, este precepto, en el último inciso del número 2 el derecho del fundador a prohibir dicha posibilidad, y también, creo, habrá que reconocer la posibilidad para ese supuesto de que el fundador ordene la extinción de la fun-

dación. También creo que podrá el fundador imponer “quorums” especiales para tomar el acuerdo de fusión. La Ley concede al Protectorado la facultad de oponerse al acuerdo de fusión entre las fundaciones, pero sólo por razones “de legalidad y mediante acuerdo motivado en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas”. También concede el precepto al Protectorado la facultad de solicitar de la autoridad judicial la fusión de aquellas *“fundaciones que no puedan cumplir sus fines por sí mismas cuando éstos sean análogos y exista oposición de sus órganos de gobierno y no lo haya prohibido el fundador”*.

En este sentido la Ley es más respetuosa con las fundaciones que la legislación anterior. Así, por citar un ejemplo el art. 67 de la Instrucción de 14 de mayo de 1899 entre los expedientes reservados al Ministro incluía el de declarar que “el capital de una fundación es insuficiente para cumplir lo acordado por su fundador y que por ello debe destinarse a otro objeto benéfico o modificarse el existente” o “que han caducado, en todo o en parte, los objetos benéficos de una fundación que el capital destinado a tal objeto caducado debe aplicarse a otro” o “que deben reformarse las disposiciones de una fundación para ponerlas en armonía con las nuevas conveniencias”. No es de extrañar que ante tamañas facultades las fundaciones se defendieran incluyendo en sus estatutos cláusulas imponiendo la extinción y reversión de los bienes para los supuestos de cualquier tipo de injerencia administrativa en su vida.

3. Extinción de las fundaciones.

Dedicaremos, por último, algunas observaciones a lo establecido en la Ley sobre la extinción de las fundaciones destacando la conveniencia de recoger en los estatutos alguna disposición relativa a la materia.

— En primer lugar puede añadirse, si se considera oportuno

tuna, alguna causa de extinción además de las previstas en el art. 29 de la Ley.

— En segundo lugar cabe, y es frecuente, establecer determinados “quorums” para tomar acuerdos o exigir consentimiento de miembros del Patronato o externos al mismo en términos similares a los apuntados para la modificación de estatutos.

— Y en tercer lugar, y éste es el punto probablemente más importante, determinarse el destino de los bienes restantes una vez producida la liquidación de la fundación. Esta determinación puede realizarse bien en el “*negocio fundacional o en el estatuto de la fundación*”. En el negocio fundacional será el fundador quien determine el destino. En cambio en el estatuto, aceptado que éste puede ser modificado después de constituida la fundación es dudoso si al realizarse la modificación puede modificarse este punto. El tema es importante porque muchas fundaciones que no han previsto el destino van a modificar sus estatutos y pueden introducir una cláusula que impida el que, en otro caso, sea el Protectorado quien disponga el destino de los bienes. Creo que si el fundador previó el destino para el supuesto de extinción, no podrá luego, sin consentimiento del mismo, modificarse aquél, mientras que si no lo previó sí podrá, mediante la modificación de los estatutos introducirse una cláusula que lo prevea.

270

Otra cuestión más peliaguda es si quien haga una dotación importante a la fundación puede decidir cuál será el destino de ésta en el supuesto de extinción de la fundación. Aunque literalmente no se deduce esta posibilidad del texto legal creo que habría que hacer un esfuerzo para admitirlo, lo que, por otra parte, podría imponerse por el propio donante si se impusiera como condición de la donación una modificación estatutaria que lo prevea. También puede el fundador conceder al Patronato la posibilidad de decidir el destino de los bienes. Así lo establece el propio precepto legal y aunque éste no lo dice creo que el funda-

dor podría imponer algunas condiciones al Patronato a la hora de tomar tal decisión. Es en cambio difícil defender que el fundador puede conceder dicha facultad a otra persona distinta del Patronato, lo cual ha sido muy frecuente en la práctica en la que muchas fundaciones dicen “se entregarán los bienes, al Obispo, Párroco, Alcalde o Gobernador civil para que lo destinen a fines análogos”, ni siquiera, lo que sería lógico, reservarse para sí mismo la facultad, pudiendo ejercerla en el momento de extinción de la fundación.

En cualquier caso es muy importante prever este punto en los estatutos porque, en otro caso, corresponde la decisión de determinar el destino al Protectorado. En cuanto a los destinatarios de los bienes la dicción del precepto tampoco es muy feliz. Excluye desde luego la reversión al fundador o a sus familiares, lo cual, dentro de los límites del art. 781 del Código civil implica una restricción a la libertad de disponer de los propios bienes, estableciendo que deberá destinarse a “fundaciones o entidades no lucrativas”. El concepto de entidades no lucrativas debe entenderse en sentido amplio y desde luego no limitado exclusivamente a otras fundaciones. El precepto añade tres requisitos, a saber, que sean “*privadas*” “*que persigan fines de interés general*” y “*que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de disolución, a la consecución de aquéllos*”. La primera y última frases pueden plantear alguna duda respecto de entidades que persiguiendo indudables fines de interés general, sin embargo, o bien es dudoso si son privadas o, tal vez por considerarse perpetuas, carecen en su regulación de normas explícitas respecto al destino de los bienes en caso de disolución. Este es el supuesto de dos de los destinatarios más frecuentes de los bienes, previstos por los fundadores para el caso de extinción de la fundación, me refiero al propio Estado y a la Iglesia. Respecto a los entes públicos lo ha resuelto la propia Ley en una reforma introducida en el Senado que dice “*no obstante lo dispuesto en el apartado*

anterior, las fundaciones podrán prever en sus estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general". Pero ¿y la Iglesia? Esta es muy frecuentemente la destinataria de los bienes en caso de extinción de fundaciones. No parece que haya dificultades para considerarla hoy una entidad privada, pero ¿cumple el requisito de "tener afectados sus bienes incluso para el supuesto de disolución a la consecución de fines de interés general"? Yo creo que hay que entenderlo así y dar una interpretación flexible al precepto.

V. Algunas notas sobre el régimen tributario de las fundaciones

272 Este punto del régimen tributario de las fundaciones ha pesado siempre como una losa sobre las mismas y se convirtió en el caballo de batalla en torno a esta Ley. La verdad es que las grandes fundaciones se han preocupado más de lograr un tratamiento tributario más beneficioso que de influir sobre la regulación de fondo contenida en el título I de la Ley.

El régimen tributario de las fundaciones era caprichoso y respondía al tradicional recelo de Hacienda frente a las mismas, y llevaba a situaciones tan caóticas como que fuera más beneficioso, en algunos supuestos, el régimen fiscal de una sociedad que el de una fundación.

Hoy la Ley, tras duro forcejeo, ha diseñado un régimen que va a ser mucho más favorable para las fundaciones, aunque siempre habrá quien crea que podría haberlo sido todavía mejor.

Aunque un diseño completo de las normas tributarias que se refieren a las fundaciones queda fuera de los fines de este trabajo voy, sin embargo, a hacer una esquemática exposición de cómo ha quedado en la Ley.

1. Requisitos para disfrutar del régimen fiscal previsto.

Mientras en una época anterior toda fundación por el mero hecho de ser clasificada y cumplir los requisitos legales gozaba del régimen tributario para ellas establecido, si acaso, complementado, en la última etapa, mediante el cumplimiento de unos requisitos formales ante el Ministerio de Hacienda que hacía se concedieran de forma automática. En la nueva Ley se exige para gozar de los beneficios fiscales el reconocimiento de los mismos por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y el cumplimiento de una serie de condiciones:

- Perseguir fines de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación al desarrollo, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga.

- Destinar a la realización de dichos fines, al menos el 70% de las rentas netas y otros ingresos que obtengan por cualquier concepto. Excluyendo aquellos bienes que pueden destinarse a dotación.

- Acreditar ante el Ministerio de Economía y Hacienda el hecho de ser titulares, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles. Así como que dicha titularidad coadyuva al mejor cumplimiento de los fines fundacionales.

- Rendir cuentas anuales al Protectorado.

- Que en caso de disolución su patrimonio se aplica a la realización de fines de interés general análogos a los realizados por las mismas.

- Que el cargo de patrono sea gratuito.

No se consideran entidades sin fin de lucro aquellas cuya actividad principal consista en la realización de actividades mercantiles, o sean los fundadores, cónyuges o parientes hasta el cuarto grado los destinatarios principales de las activi-

dades que se realicen o gocen de condiciones especiales para beneficiarse de sus servicios. ¿Por qué evitar que un mecenas que ha creado una residencia de ancianos pueda reservarse el privilegio de tener acogida en el mismo para los últimos días de su vida?

La verdad es que la Ley se resiente de falta de coordinación con su primer título, debido al hecho de que ambos títulos eran antes textos legales diversos y procedían de fuentes gubernamentales también diversas no habiéndose hecho el correspondiente esfuerzo de coordinación. Esto quiere decir que las fundaciones van a quedar, en la práctica, sometidas a dos clasificaciones diversas, una la del Registro de Fundaciones, y aún previa, en algunos aspectos del Protectorado respectivo, otra la del Ministerio de Hacienda. No parece pues que las fundaciones hayan salido demasiado bien libradas, en este punto, tras la publicación de la Ley.

274

2. Impuesto de Sociedades.

Lo regulan los artículos 48 a 53 de la Ley, que en esencia establecen:

2.1. Resultados exentos.

— *“La exención de los resultados obtenidos en el ejercicio de las actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica, así como por los incrementos patrimoniales derivados tanto de adquisiciones como de transmisiones a título lucrativos, siempre que unas y otras se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto”* (art. 48.1).

Esta exención puede extenderse por el Ministerio de Economía y Hacienda a los obtenidos en *“el ejercicio de una explotación económica cuando esta explotación coincida con el objeto o finalidad específica de la fundación, no generen competencia desleal y sus destinatarios sean colectividades genéricas de personas”*.

El art. 49 puntualiza qué ingresos son a los que alcanza la exención que en esencia, y para las fundaciones son las subvenciones, adquisiciones a título lucrativo, de convenios de colaboración y rendimiento obtenidos en el ejercicio del fin fundacional.

2.2. Resultados gravados.

Es la suma algebraica de los rendimientos netos positivos, o, en su caso negativos, obtenidos en el ejercicio de una explotación económica, distinta de las contempladas en el art. 48, que es el antes recogido.

—No se computarán, para la determinación de la base, el 30% de los intereses y de los rendimientos derivados del arrendamiento de inmuebles que constituyan el patrimonio fundacional. Esta deducción se elevará al 100% si se trata de arrendamiento de inmuebles que integren la dotación fundacional. Es preciso que estos rendimientos se destinen en el plazo de un año a partir de su obtención a la realización de los fines fundacionales.

—El tipo de gravamen es el 10%. La cuota líquida, además de las deducciones previstas en la normativa del Impuesto de Sociedades (art. 52) se minorará, además en 200.000 pesetas cuando la fundación realice exclusivamente prestaciones gratuitas, pero sin que, como consecuencia de esta reducción, pueda resultar la cuota negativa.

—El art. 51 determina qué partidas no son deducibles, y el 52 la exención por reinversión de los incrementos patrimoniales obtenidos.

3. Tributos locales.

El art. 58 establece la exención del Impuesto de Bienes Inmuebles por los inmuebles afectos a las actividades que constituyan su fin y el de actividades económicas por las actividades que constituyan su fin.

4. Aportaciones realizadas a las fundaciones.

4.1. *Por personas físicas:*

Serán deducibles de la cuota del impuesto:

— El 20% de las donaciones puras de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, o de obras de arte de calidad garantizada en favor de entidades que persigan entre sus fines la realización de actividades museísticas y fomento del patrimonio artístico.

— El 20% de las donaciones puras que de bienes que deban formar parte del activo material de la entidad donataria y que contribuyan a la realización de las actividades en cumplimiento de sus fines.

— El 20% de las cantidades donadas para la realización de las actividades de la entidad donataria en cumplimiento de sus fines, o para la conservación, reparación y restauración del Patrimonio Histórico Español.

— No estarán sometidos al impuesto los incrementos o disminuciones patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de donaciones de los bienes a que se refiere el apartado anterior (art. 62 de la Ley).

4.2. *Personas jurídicas.*

Se consideran partidas deducibles en el Impuesto sobre Sociedades las donaciones que hemos recogido antes para las personas físicas. La deducción no podrá exceder del 10% de la base imponible o, alternativamente la entidad podrá acogerse a los límites del 1 por mil y del 3 por mil, respectivamente, de su volumen de ventas, siempre que, en ningún caso, la aplicación de estos porcentajes puedan determinar una base imponible negativa. Esta deducción es compatible con las previstas en los arts. 68 y 70 de la Ley que regula los convenios de colaboración en actividades de interés general y gastos en actividades de interés general y de fomento y desarrollo de algunas artes.

VI. La adaptación de las fundaciones a la nueva Ley

La Ley ha entrado en vigor el día siguiente de su publicación en el B.O.E., o sea, el 26 de noviembre de 1994 (disp. Final segunda), sin perjuicio de algunas particularidades en materia tributaria (ver disp. finales segunda y tercera). Parece que la Ley se aplica ya, pues, a todas las fundaciones cualquiera que sea su clase.

La disposición transitoria segunda impone a las fundaciones ya constituidas la obligación de adaptar sus estatutos a lo dispuesto en la misma y presentarlos en el Registro de Fundaciones en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Ley. Cabe, sin embargo, que el Protectorado, excepcionalmente, y cuando consten circunstancias que objetivamente lo justifiquen, prorrogue hasta un máximo de dos años más dicho plazo.

Suavizando esta norma, establece la misma disp. transitoria, que *“respecto a las fundaciones que no hayan de adaptar sus estatutos, previsiblemente porque estén ya ajustados a lo dispuesto en la Ley, el Patronato dará traslado de aquéllos y de la escritura de constitución al órgano de Protectorado respectivo quién a su vez los remitirá al Registro de Fundaciones a efectos de inscripción”*.

También las fundaciones de competencia de las Comunidades Autónomas deben adaptarse, pero sólo en los términos de la disposición adicional primera que es, como veremos, la que determina los preceptos de esta Ley que son de aplicación general.

La obligación de adaptar sus estatutos las fundaciones se estableció ya en el Reglamento de Fundaciones Culturales, si bien, en la práctica, apenas hubo fundaciones que se adaptaran limitándose a cumplir, cuando lo hacían, las normas imperativas del Reglamento. Quizás para evitar esta desidia el número 4 de la disposición transitoria segunda establece que *“transcurrido el plazo previsto en el apartado 1, las fundaciones reguladas en los apartados anteriores, en tanto*

no cumplan las obligaciones previstas, no podrán gozar de los beneficios fiscales contemplados en la legislación vigente ni obtener subvenciones y ayudas estatales, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 27.3 de esta Ley". No se entiende bien esta cita pues el artículo 27.3 concede al Protectorado el derecho a modificar los estatutos aunque sólo "*cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus estatutos*" y además siempre que "*para el supuesto de que se trate el fundador no haya previsto la extinción de la fundación*". Para el supuesto de que el fundador haya previsto la extinción de la fundación luego diré mi opinión, pero si no, el Protectorado tiene en el texto legal impuestas unas obligaciones y no parece razonable que el incumplimiento, no sólo por el Patronato, sino también por el Protectorado de sus obligaciones se hagan sentir exclusivamente sobre la fundación.

Por último la Ley dicta una norma especial para las fundaciones a fe y conciencia diciendo en la disposición transitoria primera que "*estarán sujetas a los preceptos de la Ley salvo aquellos cuya aplicación suponga, en virtud de lo dispuesto expresamente por el fundador, el cumplimiento de una condición resolutoria que implique la extinción de la fundación*". Además, en el párrafo 2 se establece que "*las normas sobre la liquidación de la fundación en caso de extinción no se aplicarán durante el plazo de dos años, probablemente para dar tiempo a extinguir la fundación, en caso que proceda*".

Estas normas plantean además algunos otros problemas. El primero es el de qué requisitos debe cumplir el Patronato para realizar la adaptación. Parece que se aplicarán las normas del art. 27 que han entrado en vigor al hacerlo la Ley. Pero en dicho precepto no se permite la modificación si el fundador la hubiera prohibido expresamente y hubiera decretado, para este supuesto, la extinción de la fundación. Incluso en el supuesto de que por haber variado las cir-

cunstancias no pueda la fundación actuar satisfactoriamente de acuerdo con los estatutos, no permite la modificación si el fundador ha previsto para este supuesto la extinción de la fundación. ¿Qué ocurrirá si existen esas cláusulas? Parece que lo dispuesto para las fundaciones a fe y conciencia debe, como he dicho, aplicarse extensivamente a toda cláusula que vete la intervención administrativa. En estos supuestos creo que hay que distinguir.

— Si no hay cláusulas de este tipo el Patronato adaptará los estatutos, procurando el mejor interés de la propia fundación.

— Si hay una condición resolutoria, tanto en las a fe y conciencia puras como las que sin ser a fe y conciencia conceden a los patronos facultades que resultan prohibidas por la Ley es dudoso saber cuál es el resultado. La disp. trans. aplicable parece decir que no les serán aplicables los preceptos de la Ley cuya aplicación suponga la extinción de la fundación. Sin embargo, el segundo párrafo del citado precepto al mantener la vigencia de las normas sobre destino de los bienes en caso de extinción durante el plazo de dos años, que es precisamente el dado para realizar la adaptación, parece estar pensando en la extinción de la fundación. A mi juicio y buscando la supervivencia de las fundaciones habrá que entender que en ese supuesto la fundación seguirá funcionando y no se le aplicarán aquellas normas de los estatutos que pudieran producir la condición resolutoria. Claro que estas fundaciones no gozarán del especial “status” fiscal, pero por esta vía creo podrán salvarse las fundaciones a fe y conciencia cuyos fundadores hayan previsto dicha condición resolutoria.

VII. La Ley de Fundaciones y las fundaciones autonómicas

Hay una serie de Comunidades Autónomas que tienen publicadas leyes autonómicas (28). Cuando se publicó la catalana el gobierno interpuso recurso de anticonstitucionalidad, pero los avatares de la política hicieron que se retirara aquél antes de resolverse por el Tribunal por lo que nos quedamos sin saber cuál hubiera sido la decisión de éste. La ley hace un esfuerzo de racionalización de la materia y separa sus preceptos en cinco grupos de artículos separados:

— Por constituir condiciones básicas del Derecho de Fundación las normas recogidas en los arts. 1.1 (concepto de fundación), 2.1 y 2 (fines y necesidad de beneficiar a colectividades genéricas); 3 (personalidad jurídica); 6.1 (posibilidad de constituirse por personas físicas o jurídicas, sean éstas públicas o privadas); 7.1 y 2 (posibilidad de constituirse por acto “inter vivos” y “mortis causa”, y en el primer caso necesidad de escritura pública); 12.1 (necesidad del Patronato como órgano de gobierno y representación) y 29 (causas de extinción) son de directa aplicación en todo el Estado.

— Por ser materia de ordenación de registros y conflicto de leyes y según lo dispuesto en el art. 149.8 de la Constitución los arts. 4 (domicilio); 5 (fundaciones extranjeras) y 37.2 (respeto a lo dispuesto respecto de otros registros distintos del de fundaciones) también serán de aplicación general.

— Por ser normas de Derecho civil, pero sólo con carácter supletorio en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial los arts. 6.2, 3 y 4; 7.3; 8; 9; 10.1; 11; 12.2; 15; 16.2; 17.1; 20.1; 27.1,2 y 3; 28.2; 30.1,2 y 3; 32.1 y 34.1 y 2. Son todas las normas que regulan los aspectos civiles de las fundaciones que también serán de aplicación general.

(28) Ver su enumeración en la nota 1.

— Por ser normas procesales los arts. 16.3; 20.3; último inciso; 28.3; 30.4; 32.3; 34.4 y 35, regirán en todo el territorio nacional.

— El título segundo y las disposiciones adicionales que lo complementan que contienen normas fiscales se aplicarán en todas las Comunidades Autónomas salvo los territorios históricos del País Vasco y Navarra.

Como puede comprobarse la mayor parte de los preceptos de la Ley son de aplicación general en las Comunidades Autónomas, con la excepción de las competencias, en algunos supuestos discutidos, de algunas Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil foral (29).

VIII. Conclusiones

La Ley significa la importante ventaja de racionalizar un sector de nuestro mundo jurídico que está, a la sazón, regido por un cúmulo caótico de normas. Así como unificar la disciplina de las fundaciones evitando, como ocurre ahora, que sean diversas las normas aplicables según el tipo de fundación que se constituya. En este sentido la Ley es bastante clara, aunque no deja de tener lagunas y plantear incógnitas e incluso dejar puntos importantes para el Reglamento que se anuncia.

Por otra parte y desde el punto de vista de la intervención notarial significa una ayuda importante que facilita mucho nuestra actuación al poder contar con un texto claro y único sobre la materia.

Sin embargo, la Ley implica, por otra parte, la introducción o mantenimiento de una larga serie de supuestos en

(29) Lejos de mí aventurarme en el proceloso tema de si las Comunidades Autónomas deben limitarse a regular sólo aquellos temas de Derecho civil que estaban antes regulados en sus Derechos forales o pueden extender su competencia a toda cuestión civil así como el de la extensión de la competencia territorial a todo el territorio cuando antes se limitaba a ciertos núcleos de población.

que las fundaciones necesitan, de una forma u otra, la intervención del Protectorado siendo una lástima que no se haya liberalizado más la regulación de las fundaciones dejando actuar con plenitud de facultades a sus órganos sin perjuicio de mantener, sin duda, la obligación de rendir cuentas y conceder al Protectorado amplias facultades en orden a la inspección y control de que se cumplen los fines generales queridos por el fundador, eso sí, bajo la supervisión judicial.

De todas formas, y como ya dije al principio, mi propósito en estas notas, que han resultado mucho más largas que lo que deseaba, ha sido resaltar los aspectos prácticos de la nueva Ley desde la perspectiva de la actuación notarial dejando para otro momento y lugar un estudio más profundo de la misma. Me alegraría mucho haber acertado en mi propósito y que estas notas sean de utilidad a aquellos de mis compañeros que las consulten.

A) Informes y Comunicaciones

RESPONSABILIDAD DE LOS INTERVENTORES JUDICIALES EN LAS SUSPENSIONES DE PAGOS

ENRIQUE MARÍN LÓPEZ

*Magistrado-Juez del Juzgado de
1.ª Instancia n.º 15 de Málaga*

285

Introducción

Prescindiendo de antecedentes históricos más remotos, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 regulaban además de los supuestos típicos de quiebra, la llamada quiebra de los atrasados respecto de comerciantes que teniendo bienes bastantes para pagar enteramente a sus acreedores, justificaren que “por accidente no se hallan en disposición de poder hacerlo con puntualidad, haciéndolo después con espera de breve tiempo, ya sea con intereses o sin ellos, según convenio, a sus acreedores”.

La misma línea sigue el Código de Comercio de 1829 de Sáinz de Andino que distingue cinco clases de quiebras, la

suspensión de pagos, la insolvencia fortuita, la culpable, la fraudulenta y el alzamiento, considerando en sus artículos 1.002 y 1.003, quebrado de la primera clase al “comerciante que manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente los pagos”.

286 Nuestro vigente Código de Comercio separa ya ambas Instituciones, regulando la suspensión de pagos en sus artículos 870 a 873, que en su redacción inicial no exigían que el deudor tuviese bienes bastantes además de permitir el convenio de quita o reducción de créditos, restableciendo la Ley de 10 de junio de 1897 las líneas tradicionales de la Institución a través de la actual redacción de los preceptos citados, líneas tradicionales que se alteran de nuevo con la vigente Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 que convierte a la suspensión de pagos en un procedimiento judicial tendente a conseguir un convenio preventivo de la quiebra que puede comprender la quita o reducción de créditos, permitiendo además que se tramiten situaciones de insolvencia definitiva como suspensiones de pagos, tal como la define en la doctrina el profesor URÍA.

Si del ámbito doctrinal pasamos al legal del Código de Comercio, puede definirse la suspensión de pagos como el estado legal que declara el Juez de 1.^a Instancia a solicitud del empresario provisionalmente insolvente, como primer paso del procedimiento tendente a celebrar con los acreedores un convenio de espera en los pagos, concepción legal del Código de Comercio que difiere de la que se deduce de la Ley especial para la cual la suspensión de pagos es una institución integrada por un conjunto de normas predominantemente procesales que, previa paralización de las ejecuciones individuales, están dirigidas a facilitar la celebración de un convenio preventivo de la quiebra entre el empresario, provisional o definitivamente insolvente y sus acreedores, concepto legal que ratifica nuestro Tribunal Supremo en diversas Sentencias, entre otras, las de 18 de abril de 1929, 23 de abril de 1931 y 7 de junio de 1968.

Regulación legal

Está integrada por una serie de Normas de diferente rango, unas de aplicación general y otras específicas respecto al nombramiento y funcionamiento de la Intervención Judicial y que son las siguientes:

Código de Comercio en los ya citados artículos 870 a 873.

Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

Ley 19/88 de 12 de julio de Auditoría de Cuentas.

Ley 19/89 de 25 de julio de Reforma parcial y adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la C.E.E., por la que se modifica el Título III del Libro 1.º del Código de Comercio.

Real Decreto 1564/89 de 22 de diciembre, Texto Refundido de la L.S.A.

Real Decreto 1636/90 de 20 de diciembre, Reglamento de desarrollo de la L.A.C.

Real Decreto 1643/90 de 20 de diciembre, Plan General de Contabilidad.

Decreto de 11 de febrero de 1971 del Ministerio de Hacienda sobre nombramiento de Interventores cuando solicite la suspensión de pagos una compañía de seguros, correspondiendo el nombramiento a dos funcionarios designados por la Dirección General de Política Financiera del Ministerio de Hacienda.

Real Decreto-Ley 10/84 de 11 de julio sobre funciones de intervención de la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras.

Real Decreto-Ley 18/82 de 24 de septiembre sobre nombramiento de Interventores Judiciales a partir de las listas remitidas por el Fondo de Garantía de Depósitos en los casos de suspensión de pagos de Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de crédito.

Hay que tener en cuenta que la Normativa expuesta no satisface en modo alguno las necesidades actuales del ámbito empresarial y económico y es por ello que la Comisión General de Codificación redactó ya en 1983 un Anteproyecto de Ley Concursal que supone un giro radical en toda esta materia y más recientemente el 10 de febrero de 1993 el Ministerio de Justicia ha presentado otro Anteproyecto, complementario del anterior, de Ley Orgánica sobre creación de los Juzgados Centrales y Provinciales de 1.^a Instancia y Cuerpo de Facultativos Forenses, que de ser aprobado, supondrá un cambio sustantivo y procesal de la insolvencia empresarial, tanto por modificar la competencia territorial para conocer de las suspensiones de pagos, como por atribuir los cargos de Interventores Judiciales a funcionarios del citado Cuerpo y a otros funcionarios de la Administración del Estado que tengan los requisitos de titulación que se determinen mediante Real Decreto, modificando el régimen retributivo y el momento procesal del cese de los interventores y derogando finalmente los artículos 870 a 873 del vigente Código de Comercio, así como el tratamiento especial de las suspensiones de las Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas.

La intervención

Naturaleza jurídica

El artículo 4.º de la Ley de Suspensión de Pagos establece la intervención de todas las operaciones del deudor, designando tres interventores, dos de los cuales serán peritos mercantiles o prácticos de los que figuren en las listas que con ese objeto deben remitir anualmente al Juzgado (o al Decanato, si hubiere varios en la localidad respectiva) las Cámaras de Comercio, las de Industria y las representaciones regionales de la Asociación de la Banca, añadiendo que

para hacer la designación se dará preferencia a la lista remitida por la entidad a que esté asociado el deudor por la especialidad de su negocio. El tercer interventor será un acreedor designado por el Juez entre los que figuren en el primer tercio, por orden de importancia de créditos, de la lista presentada al solicitar la declaración de suspensión...

La parcialmente expuesta norma legal hay que ponerla en relación con la disposición adicional cuarta de la Ley 19/88 de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas que establece que "la referencia a los dos interventores peritos mercantiles o prácticos contenida en el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, se entenderá hecha a auditores de cuentas". Prescindiendo de las variantes que derivan de supuestos especiales de suspensiones de pagos a que hemos hecho referencia al tratar de la regulación legal, y centrándonos en el tema objeto de la Ponencia, es obvio que las responsabilidades de todo tipo, especialmente las penales, en que puedan incurrir los llamados, por el origen de su nombramiento, interventores judiciales, dependerán de su naturaleza jurídica.

Esto así, la intervención de las operaciones del deudor en el procedimiento judicial de suspensión de pagos debería ser llevada por el propio Juez en consonancia con el principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, pero al igual que en otras materias y por razones tanto de otras actividades procesales del Juzgador como por la necesidad de conocimientos científicos y técnicos, la Ley especial encomienda dicha tarea a los interventores, reservando sin embargo el control directo del procedimiento al Juez hasta en tanto no comiencen los nombrados a desempeñar su cargo tal como dispone el artículo 4.º

Del examen comparativo de los textos legales que regulan la suspensión de pagos y las quiebras resulta cierta similitud entre las funciones de los interventores de las suspensiones con las de los síndicos en las quiebras, así como no pocas diferencias tanto por el origen del nombramiento, ju-

dicial en los interventores y por la masa de los acreedores en las quiebras, como por sus funciones que en la sindicatura de la quiebra se ciñe a la administración del patrimonio del quebrado, mientras que en las suspensiones ésta continúa en poder del suspenso el bien con la concurrencia de los interventores como veremos posteriormente, lo que nos lleva a la discusión doctrinal de la naturaleza jurídica de la intervención, al ver unos autores a los interventores como representantes de los acreedores para la salvaguardia de sus intereses y otros los consideran como representantes del Juez.

La propia dicción legal del citado artículo 4.º nos aproxima más a esta última posición, ya que si establece que hasta que los interventores comiencen a ejercer su cargo, ejercerá las funciones el Juez, parece indicar que sus funciones son por delegación de éste, tesis que también parece corroborar el texto legal cuando en ausencia de Dictamen por los interventores, el actuario realizará en 15 días la memoria a que refiere el artículo 8.º En esta línea argumentativa se expresa SAGRERA TIZÓN, quien matiza que la intervención del Juez debe ser mínima al ser obligatorio el cargo de interventor debiendo desempeñar sus funciones desde el mismo día de su nombramiento, previa prestación de juramento o promesa, e incluso aunque no haya tomado posesión el tercer nombrado. No obstante este carácter obligatorio e inmediato, diversas razones como enfermedad o recusación o las incompatibilidades a que se refiere la Ley de Auditoría de Cuentas y su Reglamento pueden obligar al Juez tanto a continuar su intervención como a nombrar a otros en sustitución de los que renuncien, estén recusados o afectados a las incompatibilidades, pero en todo caso al nombrarlos delega en ellos sus funciones, delegación y carácter representativo confirmado por el hecho del otorgamiento judicial de la credencial de su cargo, por la obligación genérica de informar al Juez de todo cuanto se refiera el expediente y por la facultad de resolución judicial respecto a

decisiones de la intervención que por su naturaleza no puedan tomarse por mayoría a que se refiere el inciso final del art. 6.º

En esta misma línea doctrinal se pronunció la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1941, en la que además se niega que los interventores representen a los acreedores, ya que su interés, que puede calificarse de público, está defendido por el Ministerio Fiscal, confirmando el carácter de funcionario del interventor que tendrá importancia a los efectos de sus responsabilidades penales como veremos con posterioridad.

La figura del interventor guarda más analogías con la del comisario de la quiebra, aunque las normas reguladoras en ningún artículo expresen claramente el carácter de representante del Juez que ostenta éste a quien GARRIGUES lo califica de delegado de la Autoridad judicial y órgano de enlace entre ésta y los síndicos y el quebrado, carácter que se deduce tácitamente del artículo 1.333 de la LEC al encomendar las funciones de comisario al propio Juez de 1.ª Instancia cuando no hubiese comerciante idóneo en el lugar del juicio.

Ahora bien, analogía no significa identidad y es por ello que la actuación de los interventores es más limitada que la del comisario, ya que además de otras funciones sólo inspeccionan y vigilan la administración del suspenso —quien la mantiene a diferencia de la inhabilitación automática del quebrado del art. 878 del Código de Comercio— concurriendo con éste a todos los actos de gestión de su patrimonio.

Posición distinta hay que adoptar respecto del interventor nombrado en representación del primer tercio de los acreedores y respecto al interventor único en suspensiones de poca importancia que deberá ser necesariamente acreedor tal como dispone el art. 4.º de la Ley, ya que además de diversas opiniones doctrinales que se oponen a las aquí comentadas, el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de junio de 1929, lo configura como representante de los acreedores.

Por todo esto no puede presentarse ni aceptarse como pacífica la doctrina y la Jurisprudencia que configura al interventor como representante del Juez y funcionario público que así lo califica POLO, pudiendo ser calificado también como perito si seguimos estrictamente la dicción legal y aun cuando esta indeterminación de su naturaleza jurídica afecte al distinto tratamiento penal de las responsabilidades de esta índole.

Funciones.

Establecida ya, aunque no pacíficamente como hemos visto, la naturaleza jurídica de la intervención se hace necesario delimitar, aunque sea sin ánimo exhaustivo pues no es el objeto de esta Ponencia, cuáles son sus funciones como premisa previa al establecimiento de las responsabilidades.

292

La Ley de Suspensión de Pagos regula los derechos y obligaciones o funciones de los interventores nombrados, derechos constituidos exclusivamente por su retribución que el artículo 7 establece que será la que el Juez le señale según la importancia del caudal y los trabajos a que dé lugar la intervención, sin que en ningún caso pueda exceder de 100 pesetas diarias, retribución que da lugar en la práctica a no pocos problemas, tanto si se adopta el criterio de actualizar las 100 pesetas del texto legal del año 22, como si se acude a los Honorarios de los Auditores de Cuentas, dando lugar a situaciones tan absurdas como que sea directamente el propio suspenso quien retribuye a los interventores, de cuyo Dictamen depende la calificación de su insolvencia, hecho diario que en nada contribuye a la transparencia que debe presidir todo procedimiento judicial, y que se espera sea modificado con la publicación y entrada en vigor como Ley del Anteproyecto del Ministerio de Justicia a que nos referíamos anteriormente.

Respecto de las funciones de los interventores vienen ge-

néricamente establecidas en el artículo 5.º y desarrolladas en los siguientes y pueden sintetizarse en las siguientes:

Inspeccionar los libros de comercio del suspenso, previa constancia en ellos de la nota de presentación con el concurso del Secretario y visto bueno del Juez.

Intervenir todas las operaciones que el suspenso pueda hacer con arreglo a la ley exigiendo que diariamente verifique el balance de la caja.

Informar al Juez de cuanto importante ocurra respecto al suspenso y sus negocios para las resoluciones que procedan en defensa o protección de los intereses de los acreedores.

Informar al Juez acerca de la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar en defensa o reclamación de sus derechos ante tercero.

Proponer el ejercicio de las acciones convenientes al interés del patrimonio del suspenso, bien a iniciativa propia o de cualquier acreedor, pudiendo mediante autorización del Juez ejercitarlas por sí mismos si así lo demandare el interés de la masa.

Estas obligaciones del artículo 5.º se complementan o desarrollan por las de los artículos siguientes como son entre otras:

Solicitar del Juez la adopción de medidas cautelares respecto de la administración por el suspenso de su patrimonio.

Concurrir con el suspenso a todo cobro o asunción de nuevas obligaciones contractuales y a todo pago.

Dictaminar sobre la procedencia de la venta de bienes, géneros o mercaderías que sea necesario enajenar por mutua conveniencia de los interesados o por resultar la conservación imposible, perjudicial o costosa.

Emitir por mayoría el Dictamen a que se refiere el artículo 8.º

Asumir desde el momento mismo de la solicitud de suspensión de pagos el control de los embargos y administraciones judiciales que pudieran haberse constituido sobre bie-

nes no hipotecados ni pignorados que quedaran en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores.

Impugnar los créditos incluidos por el deudor hasta los 15 días antes del señalado para la Junta, debiendo facilitar al acreedor que solicitase su inclusión los antecedentes y datos necesarios.

Concurrir a la Junta de acreedores e intervenir en ella.

Cesar en su cargo si la votación es favorable al convenio, salvo que la Junta acuerde su continuación.

Informar al Juez de la procedencia o no de la tramitación escrita de la Junta de acreedores cuando el número de éstos exceda de 200.

294 Ser posible parte en la pieza separada de depuración de responsabilidades en los supuestos de firmeza del auto de declaración de insolvencia definitiva a tramitar por el mayor cuantía y solicitar si es procedente las medidas precautorias necesarias sobre los bienes del suspenso.

Asumir las funciones de los Síndicos y del Comisario de la quiebra de los artículos 1.366 y 1.377 de la LEC cuando se trate de insolvencia definitiva y se tramite como pieza separada la retroacción de la quiebra.

Ser parte en las tercerías de dominio que puedan interponer los acreedores a que refieren los artículos 908 a 910 del Código de Comercio cuando no hubiesen sido incluidos en la lista a que refiere el artículo 12.

Responsabilidad

Examinadas ya las funciones de los interventores judiciales, procede estudiar ahora las responsabilidades de todo tipo en que puedan incurrir en el desempeño de aquéllas, y que podemos encuadrar en tres clases, administrativa o disciplinaria, civil y penal.

Responsabilidad administrativa o disciplinaria.

Ley de Suspensión de Pagos.

La Ley Reguladora sólo contempla un supuesto de responsabilidad y su correspondiente sanción, que no es otro que el del artículo 8.º que en su parte bastante establece: ... “Si los interventores no presentan el informe en el plazo que se les haya señalado, además de la responsabilidad penal que les corresponda, el interventor acreedor perderá su crédito, y los peritos incurrirán en incapacidad para desempeñar el cargo durante dos años”...

Hay que distinguir en la dicción legal dos posibilidades en orden a la responsabilidad, la primera que la no emisión del dictamen se haya debido a fuerza mayor o a causa no imputable a los interventores en cuyo caso y previa probanza ante el Juez de 1.ª Instancia que tramite la suspensión, éste no impondrá sanción alguna, y la segunda, que el Dictamen no se emita por abandono de funciones en cuyo caso es de aplicación lo dispuesto en la Ley, que se remite en cuanto a su aspecto y tipicidad penal a las normas de esta jurisdicción y que estudiaremos posteriormente, y en cuanto a su aspecto civil, que considero no es tal sino una sanción judicial de carácter administrativo y recurrible ante la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia respectivo y posteriormente por vía contencioso-administrativa, procederá bien la pérdida del crédito o la incapacidad para desempeñar el cargo durante dos años, sanción que respecto a los interventores auditores deberá ser comunicada, una vez firme, al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para su constancia en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y publicación en el Boletín del Instituto citado por aplicación analógica de los artículos 15 y siguientes de la Ley de Auditoría de Cuentas.

En la doctrina RIVES Y MARTI indica otro supuesto de responsabilidad similar al expuesto, en el artículo 12 de la

Ley Especial cuando establece la obligación de los interventores de formar ocho días antes de la celebración de la Junta la lista definitiva de acreedores indispensable para la continuación del procedimiento, entendiendo que en caso de incumplimiento de la obligación procede por analogía el mismo régimen del artículo 8.º que es el anteriormente expuesto, formación de las listas definitivas por el secretario judicial e igual régimen de sanciones o correcciones, posición aceptable respecto a la responsabilidad que hemos llamado disciplinaria, pero más dudosa en el ámbito penal a la vista de los principios que presiden el orden penal tales como “in dubio pro reo” o el de tipicidad expresado en el axioma “nulla crimen, nulla pena sine lege”.

Ley de Auditoría de Cuentas.

296

Como indica PACHECO GUEVARA en colaboración publicada en Poder Judicial, la VIII Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas (84/253/CEE) regula, entre otros aspectos, las normas relativas a la integridad y a la independencia del auditor, y en acatamiento a la misma la Exposición de Motivos de la Ley de Auditoría de Cuentas proclama la transparencia en la información económico-contable de la empresa como elemento consustancial al sistema de economía de mercado recogido en el artículo 38 de la Constitución, por lo que procede estudiar aquí el régimen de incompatibilidades y responsabilidades, infracciones y sanciones que respecto a los Auditores de Cuentas establece su Ley Reguladora en los artículos 15 y siguientes y que ha sido desarrollado por la Ley 19/88 de 12 de julio sobre Reglamento de aquélla en sus Capítulos IV y V, dado el contenido, ya citado al principio de esta exposición, de la disposición adicional cuarta de la Ley de Auditoría de Cuentas que establece el mandato legal de que los dos interventores judiciales en las suspensiones de pagos sean auditores de cuentas, los cuales en el cumplimiento de sus

funciones interventoras pueden incurrir en los supuestos legal y reglamentariamente previstos, entendiendo que deberá ser el propio Juez de 1.^a Instancia, el Ministerio Fiscal —parte obligada en el expediente a tenor del artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos— el propio deudor suspendido o cualquiera de los acreedores quienes pongan los hechos sancionables administrativamente en conocimiento del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, a quien corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Reglamento, el dictado de la Providencia decidiendo la incoacción del expediente o el archivo de las actuaciones, y todo ello con independencia de que los hechos pueden constituir ilícito civil o penal en la forma que posteriormente estudiaremos.

El artículo 21 de la LAC establece que para la imposición de sanciones graves el Instituto de Contabilidad y Auditoría tramitará el expediente de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo, considerando como graves, que aquí se limitan a los efectos de su posible autoría en las suspensiones de pagos algunas de las previstas en el artículo 48 del Reglamento:

297

La emisión de informes de auditoría cuyo contenido no fuese acorde con la evidencia obtenida por el Auditor en su trabajo.

El incumplimiento de las normas de auditoría que pueda causar perjuicio económico a terceros o a la empresa o entidad auditada. El incumplimiento del régimen de incompatibilidades, que no es objeto de estudio en esta Ponencia.

El incumplimiento del deber de secreto profesional.

La utilización en beneficio propio o ajeno de la información obtenida en el ejercicio de sus funciones.

Como infracciones leves el artículo 49 considera las acciones u omisiones que supongan incumplimiento de las normas de auditoría y no incluidas entre las graves.

En correspondencia a las tipificadas infracciones el artículo 50 establece su clasificación en amonestación privada,

pública, baja temporal por un plazo inferior o igual a un año en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, baja temporal por cinco años y baja definitiva en el citado registro, regulando el siguiente precepto que las infracciones leves serán sancionadas con amonestación privada y las graves con las referidas bajas en el registro según sea la gravedad de la infracción, la naturaleza del perjuicio causado, la repercusión en la economía nacional y la conducta anterior de los infractores, concluyendo que la reiteración por cuatro veces en una falta grave causará la baja definitiva del infractor en el Registro.

El procedimiento sancionador se inicia, como se dijo por el Presidente del Instituto, con nombramiento de Instructor y Resolución sancionadora previo informe del Comité Consultivo.

298 Las sanciones impuestas a sociedades de auditoría se extenderán a todos los socios que formen parte de los órganos de representación y no hubiesen salvado su voto ante el Instituto en los quince días siguientes a la emisión del informe.

Finalmente los artículos 60 y siguientes establecen los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones, estableciendo para las primeras y cuando sean leves el de 6 meses y para las graves 2 años, y para las segundas y leves el de un año y para las graves tres años.

Responsabilidad civil.

Los artículos 11 de la LAC y 42 de su Reglamento establecen que los auditores responderán directa, solidaria e ilimitadamente frente a las empresas y entidades auditadas y frente a terceros por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones, añadiendo que cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderán tanto el auditor como la sociedad en la forma establecida

anteriormente. Los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas responderán de los expresados daños y perjuicios de forma subsidiaria y con carácter solidario, siendo esta disposición de aplicación a los auditores que resulten nombrados interventores judiciales y que hayan podido causar daños y perjuicios al propio suspenso o a cualquiera de los acreedores en el ejercicio de sus funciones, si bien hay que matizar que dicho régimen de responsabilidad solidaria deriva en los casos que puedan darse en las suspensiones de pagos no de una relación contractual de auditoría como es el supuesto legal de la LAC y su Reglamento, sino del régimen general de responsabilidad extracontractual del Código civil recogido en el artículo 1.902 del mismo que establece: El que por acción u omisión causare daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado.

La Jurisprudencia ha establecido para la operatividad del precepto la probanza de daño o perjuicio efectivo causado, la culpa o negligencia del agente y la relación de causa efecto entre ambas.

El procedimiento será el que corresponda a la cuantía que por daños y perjuicios se reclame y de acuerdo con las normas de competencia del artículo 62 de la LEC, siendo ejercitada la acción por el deudor o acreedores que se consideren perjudicados por la actividad culposa o negligente del interventor, acción personal que prescribirá en el plazo de un año a tenor del artículo 1.968-2 del Código civil.

299

Responsabilidad penal.

Si la conceptualización y tratamiento de las responsabilidades disciplinarias o administrativas y las civiles no han presentado más problemas, sí las presentan las de carácter penal, habida cuenta la indeterminación de la naturaleza jurídica de la intervención, tal como se expuso al inicio de esta Ponencia, ya que si se considera a los interventores

como peritos sólo les serán aplicables aquellos preceptos del Código penal que tipifican como delitos o faltas acciones u omisiones cometidas por éstos, mientras que si se considera al interventor como funcionario público les serán aplicables la totalidad de los tipos delictivos que el Código punitivo establece para éstos en el ejercicio de sus funciones.

La Ley de Suspensión de Pagos no nos aclara esta indeterminación de la naturaleza jurídica de la intervención en lo que se refiere a su aspecto penal, limitándose a través de su articulado a establecer la responsabilidad penal que proceda sin especificarla.

En el Código penal su artículo 119 nos da una definición de funcionario público a efectos penales al determinar que “se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”, y siendo incuestionado el carácter de Autoridad del Juez de 1.^a Instancia, podemos admitir, no sin reservas, que a efectos de responsabilidad penal los interventores judiciales son funcionarios públicos, haciendo la salvedad que siempre les serán aplicables los preceptos que regulan los delitos y faltas cometidos por particulares.

Esto así y en su controvertido carácter de peritos, les serían aplicables los siguientes tipos penales:

Artículos 330 a 332 que penan a los peritos que declaran falsamente en causa civil o criminal, agravando la pena cuando la declaración falsa fuese dada mediante cohecho.

Artículo 388 en relación a los artículos 385 a 387, reguladores del delito de cohecho tipificado como solicitar o recibir por sí o por persona intermedia dádiva o presente por ejecutar acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito, o bien por ejecutar acto injusto que no constituya delito, o por abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo.

Artículo 401 que dentro de los fraudes y exacciones ilegales, pena a los peritos respecto de los bienes o cosas en

cuya tasación hubiesen intervenido cuando se interesaren, directa o indirectamente por ellos.

Artículo 463 en relación al 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que sancionan al perito que, sin alegar excusa fundada, deje de acudir al llamamiento del Juez o se niegue a prestar el informe, además de ser procesado por el delito de denegación de auxilio o desobediencia grave conforme al artículo 372 del Código penal que posteriormente veremos.

En su conceptualización de funcionarios públicos les serían aplicables la totalidad de los artículos que regulan los delitos y faltas en que puedan incurrir durante el desempeño de sus funciones y que debidamente reducidos en cuanto a las posibilidades prácticas de su aplicación son en síntesis los siguientes:

Artículo 191 que penaliza al funcionario público que no siendo autoridad judicial, entrare en domicilio sin consentimiento fuera de los casos permitidos por las leyes y el registro con o sin devolución de papeles y efectos así como la comisión de vejación a personas o daño innecesario a cosas con ocasión de lícito registro de papeles y efectos.

Artículo 192 relativo a la detención y apertura de correspondencia privada.

Artículo 199 que sanciona al funcionario público que atentare contra la independencia de los Jueces y Magistrados.

Artículo 241 que regula el delito de calumnia, injuria, insulto o amenaza de hecho o de palabra por funcionario público en presencia de su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo.

Artículo 302 relativo a la falsificación de documentos públicos en relación con el artículo 304 respecto a la presentación en juicio o uso con intención de lucro de aquéllos, preceptos éstos que hay que relacionar respecto a la definición de documento público con los artículos 1.216 del Código civil y 596 de la LEC.

Artículo 316 que pena al funcionario que para la falsificación hiciera uso de útiles o máquinas legítimas que le estuvieren confiados.

Artículo 364 en relación a la infidelidad en la custodia de documentos.

Artículo 367 relativo a la revelación de secretos públicos o de particulares.

Artículo 368 respecto al mismo tipo anterior pero con beneficio económico para sí o tercero.

Artículo 369 sobre delito de desobediencia.

Artículos 371 a 376 reguladores de la falta de cooperación a la Administración de Justicia, negativa a desempeñar el cargo, anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas.

Artículos 385 y concordantes sobre cohecho anteriormente examinados.

302 Artículos 394 y sgts. respecto a la malversación de caudales públicos.

Artículos 401 y 402 sobre fraudes y exacciones ilegales, también examinados anteriormente.

Artículo 404 bis a) sobre tráfico de influencias que castiga al funcionario que prevaleándose de su cargo influya a otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico.

Hasta aquí la tipificación sintética de las responsabilidades penales de los interventores judiciales, debiendo dejarse constancia que en cuanto al procedimiento será el que corresponda según la pena establecida para cada caso concreto de conformidad con las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en cuanto al ejercicio de la acción penal corresponderá bien al Ministerio Fiscal, bien a los particulares que tengan conocimiento del delito a tenor del artículo 259 de la LECRI, bien al suspenso o acreedores como perjudicados en virtud de denuncia o querella, siendo en todo caso obligación del Juez de 1.^a Instancia que

tramite el expediente de poner los hechos delictivos en conocimiento del Juzgado de Instrucción competente en cuanto tenga conocimiento de ellos dado lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley Procesal Penal.

Sólo queda añadir que el expuesto régimen de las responsabilidades de los interventores judiciales tiene límites un tanto imprecisos derivados de las múltiples lagunas y defectos de la Ley del año 22, así como de la dudosa naturaleza jurídica de aquéllos por lo que sería deseable que los citados Anteproyectos de Ley Concursal y de creación de Facultativos Forenses alcanzasen su rango legal, si bien con las debidas modificaciones a fin de evitar que una excesiva funcionarización de la intervención perjudique el actual sistema de control de las insolvencias mercantiles que con todos sus defectos cumple los fines legalmente previstos.

B) Notas bibliográficas

“La Propiedad Inmueble y el Registro de la Propiedad en el Egipto Faraónico”, FERNANDEZ DEL POZO, Luis. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. 251 págs.

No creo faltar a la verdad al afirmar que el autor de este libro (mi compañero y sobre todo admirado amigo Luis Fernández del Pozo) nos depara permanentes sorpresas en sus trabajos. Si ya estamos acostumbrados a ver cómo se mueve con absoluta soltura en temas tan complejos como la ingeniería financiera (basta recordar su obra sobre el fortalecimiento de los recursos propios), ahora “cambia de tercio” y se adentra nada menos que en el estudio del antiguo Derecho Egipcio. Y no se piense que ha escrito una obra superficial, pues, por el contrario, estamos ante un trabajo de enorme profundidad, y que, sin duda, ha requerido ímprobos esfuerzos.

El propio autor pone de relieve en el preámbulo las enormes dificultades con que ha tropezado para poder recopilar la documentación necesaria. Su conocimiento de varios idiomas ha sido fundamental, pues toda la bibliografía que ha manejado carece de traducción al castellano. Además, y por si ello fuera poco, el autor ha acudido a las fuentes originales, pues, entre sus múltiples conocimientos está la lectura de la lengua jeroglífica, utilizando para ello gramáticas, diccionarios y otros instrumentos filológicos.

Como resalta el propio preámbulo, estamos en presencia de un libro de Historia del Derecho, y por lo tanto, es lógico que la preocupación se centre en temas de esa naturaleza con preferencia sobre otros. Como método de trabajo, el autor, evitando generalizaciones, presta su atención preferente al documento mismo. Todas las tesis que expone están avaladas por documentos y textos originales, recogiendo las fundamentales referencias bibliográficas.

No se piense que la lectura es tediosa. Por el contrario, la obra resulta apasionante, pues en ella nos encontramos con remotos antecedentes de ins-

tituciones como la teoría del título y el modo, el ejercicio de acciones reivindicatorias, o incluso la existencia de alguna figura similar a una moderna sociedad por acciones.

La obra se estructura en tres partes, dedicadas respectivamente al estudio de la Propiedad Inmueble en el Antiguo Egipto (parte 1.^a), la doble herencia: La Publicidad Inmobiliaria en la Grecia Clásica y en el Egipto Faraónico (parte 2.^a) y la Publicidad Registral Inmobiliaria en el Egipto Faraónico (parte 3.^a).

La primera parte de la obra aborda pues el examen de LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL ANTIGUO EGIPTO. Prescindiendo de viejas discusiones acerca de la existencia o no en el antiguo Egipto de la propiedad privada, el autor examina, siempre basándose en documentos, los rasgos distintivos del dominio egipcio. Parte para ello de la "función nutricia" del Faraón, quien en teoría es propietario de todo el suelo de Egipto, pero que consiente el disfrute del suelo para su explotación mediante el mecanismo de la delegación. El dominio egipcio es en definitiva una concesión soberana, cuyo estatuto entraña la prestación de servicios y rentas/impuestos (pág. 31). A partir de esta premisa, la administración de la tierra y la obtención de sus rentas se logra merced a una laboriosa articulación de relaciones jurídico-políticas cuidadosamente jerarquizadas: Así, el rey concede la tierra en beneficio a los nobles (permitiendo su transmisión y vinculación familiar), dota patrimonialmente a sus funcionarios, dona a los templos y a las instituciones religiosas, etc.. Junto a ello la esencia de la propiedad inmobiliaria egipcia es la posibilidad o deber de obtener de ella los rendimientos de que es susceptible en atención a su naturaleza (pág. 41).

La disponibilidad de los derechos viene lógicamente limitada por la estructura de la propiedad. Pues, la propiedad privada en su sentido más pleno tiene en el Derecho egipcio un campo residual. El propietario de la tierra agrícola (que se clasificaba según su fertilidad, así por ejemplo según su proximidad al Nilo) la explotaba a través de sus cultivadores, de los que percibía una renta considerable por la participación en sus cosechas.

El autor estudia con detalle tanto la concepción "beneficial" del dominio (la cesión del suelo entraña para el beneficiario el cumplimiento de una serie de deberes o servicios en el cuadro institucional de la sociedad articulada en torno a tres polos, el Faraón, la familia y los templos e instituciones religiosas), como la preocupación por el mantenimiento íntegro de las unidades de producción: En este último punto el autor resalta cómo "los egipcios resolvieron la tensión entre la vinculación teóricamente perpetua de las tierras a un fin predeterminado y el reconocimiento de un derecho individual y transmisible sobre las mismas mediante una técnica jurídica que recuerda a la de la personalidad jurídica, noción que, según algunos historiadores del Derecho, los egipcios habrían ya alumbrado" (pág. 62).

Aborda la obra a continuación el estudio de los modos de disposición de la propiedad. Principios básicos son la libre disposición de los propios bienes, el objeto de la disposición son los bienes o el patrimonio, y el

resultado del acto dispositivo es la entrega o puesta en posesión. Se analiza con detenimiento el modo típico de transmisión (el llamado *imyt-per*), que procura evitar la desintegración de los bienes que en su conjunto están destinados al cumplimiento de una finalidad particular. Destaca igualmente cómo al ser el modo de transmisión por excelencia, el documento en que se recogía era típicamente objeto de registro en los archivos públicos. El *imyt-per* es un modo público de transmisión, solemne y unilateral (el autor examina a modo de ejemplo el Papiro de Kahun para explicar estos efectos: pág. 75). Incluso pone de relieve cómo a partir del Imperio Nuevo se observa una práctica notarial uniformadora, lo que, a su juicio, parece demostrar la generalización del uso de formularios.

Las últimas páginas de esta primera parte abordan el examen de la propiedad inmueble, el Estado y la familia. Entre el Estado y la familia existieron unos cuerpos intermedios que funcionaban como centros de redistribución de rentas: las fundaciones piadosas y los templos. El templo era objeto de dotaciones, mediante la asignación estable y periódica en rentas a obtener de una participación en rentas del Estado y en fincas explotadas por el templo. El templo o fundación funeraria, una vez dotados, constituyen unidades económicas autónomas, y el derecho a percibir las rentas inherentes a la prestación de los servicios del cargo era transmisible, movilizándose la propiedad de esta manera. Por eso los beneficiarios (sacerdotes y personal subalterno) tenderían a disponer de su fracción de ingresos como algo propio, en expresión del autor y con expresión actual, "como accionistas o partícipes" (pág. 88). No se venden, heredan o transmiten las fincas, pero sí los derechos sobre este patrimonio inmobiliario.

Se analizan a continuación las unidades organizativas intermedias, como son la "casa" de cada institución, que se divide en "distritos". El suelo se explotaba así bien directamente por la institución propietaria, bien mediante la parcelación en una multitud de tierras de reparto o lotes. En estas últimas las fincas, de pequeña extensión, son repartidas en censos o enfiteusis a quienes las poseen a cambio de una renta a pagar a la institución de quien depende el dominio, y serían transmisibles por herencia.

Junto al Estado, la familia constituye una célula jurídica básica en Egipto. Los bienes de la casa se transmiten por herencia dentro de la familia, pudiendo los padres mejorar a ciertos hijos, incluso desheredar. Era normal que la propiedad familiar permaneciese indivisa bajo la administración del cabeza de familia. El matrimonio es monógamo, y con plena capacidad jurídica de la mujer, en igualdad con el hombre (el autor pone de relieve cómo esta igualdad jurídica entre hombre y mujer escandalizó a los griegos: pág. 111). Incluso lo más característico del Derecho matrimonial egipcio fue la preocupación por el mantenimiento de la mujer tras el fallecimiento o divorcio del marido. Analiza finalmente la obra las características esenciales del régimen económico del matrimonio, durante su subsistencia y a su disolución, observando cómo poco a poco empiezan a encontrarse con relativa profusión capitulaciones matrimoniales.

La segunda parte de la obra estudia LA DOBLE HERENCIA: LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA EN LA GRECIA CLÁSICA Y EN EL EGIPTO FARAÓNICO. Comienza con el estudio de un documento de singular importancia, como es la "Estela de Gizah", que data aproximadamente del año 2500 a. JC. El autor analiza este documento mediante reproducción y explicación de los correspondientes jeroglíficos.

Examina a continuación los rasgos característicos del documento egipcio (el autor estima que la forma escrita no tenía un valor "ad substantiam" o "ad validitatem", sino más bien era un medio privilegiado de prueba: pág. 128), y su estructura.

La obra se adentra seguidamente en el estudio de la publicidad mediante estelas o mojones, que es la forma de publicidad inmobiliaria más primitiva. Innumerables tumbas o mastabas contienen escenas relativas a la fijación de mojones o estelas. Había mojones fijos o móviles. Incluso se depositan frecuentemente en recintos sagrados estelas que recogen copias de documentos relativos a transacciones inmobiliarias.

El texto analizado se refiere al pago del precio mediante entrega de objetos muebles, otorgando el vendedor carta de pago, asumiendo el vendedor la obligación de entregar la cosa vendida, obligación que aplaza en el tiempo. La venta se realiza ante testigos, cuyos nombres constan al pie del documento. La venta se realiza públicamente y en presencia del Consejo local. El documento se cierra con el sello. Finalmente se analiza la frase que hace referencia al Registro público: Al parecer el documento autorizado por el escriba y firmado por los testigos, otorgado ante el Consejo local, es autenticado con un sello y archivado por un servicio catastral o registral que llevaría el nombre de "servicio del sello".

Se analiza a continuación la publicidad inmobiliaria en la Grecia clásica (según Teofrasto). Partiendo de la base de que los griegos carecieron de un único sistema de publicidad inmobiliaria, el autor reproduce un extenso texto de la desaparecida obra de Teofrasto (conservada en otra posterior) "Tratado sobre las Leyes", analizando por ejemplo la perfección del contrato y la transmisión dominical según dicho autor, y resaltando cómo siempre ha existido un "principio de publicidad" en la Grecia clásica. Así, el texto de Teofrasto permite concluir (pág. 167) que, no obstante la diversidad de las formalidades, existe una misma función de publicidad (el elemento que reviste de autoridad pública las convenciones privadas de manera que sean oponibles *erga omnes* es la Katagrafé), y que en aquellas legislaciones en donde es conocida la inscripción en Registros públicos, la anagrafé, sobran los demás sistemas de publicidad, al ser éste el más perfecto. Esta operación expresa dos realidades distintas, como son el principio de publicidad y de archivo: La inscripción-publicidad consiste en la proclamación mediante la exposición de los escritos, en hacer público y conocido de todos un derecho real inmobiliario. La inscripción-archivo utiliza las tablas y tablillas o el pergamino.

Termina esta segunda parte de la obra resumiendo cómo Teofrasto con-

cibe el sistema de anagrafé como el más perfecto y completo de los sistemas de la publicidad inmueble, distinguiendo a su vez dos tipos de registros: “el registro de propiedades” y “el registro de contratos”. No obstante no resulta claro si el “registro de propiedades” se organizaba por el sistema del folio real o del folio personal.

La tercera parte de la obra aborda el estudio de la PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA EN EL EGIPTO FARAÓNICO. Es a mi juicio la parte más original de la obra, a lo que, sin duda, no es ajena la profesión del autor. Ya en la introducción de este capítulo el autor pone de relieve cómo desde su más remota antigüedad se presiente la existencia de una organización registral en Egipto sin la cual no serían explicables muchas de las conquistas del Imperio Antiguo. La organización registral se presenta como una constante histórica de la cultura jurídica y de la civilización egipcias.

Analiza el autor la “INSCRIPCION DE METJEN”, grabada en las paredes de la mastaba de ese alto funcionario de la IV Dinastía. Desvela así cómo se trata de la fundación de “dominios de Metjen para las ofrendas”, es decir, la constitución de fundaciones funerarias. En esta inscripción se contiene la primera referencia conocida en la historia de Egipto a la publicidad registral. Así, el derecho sobre el dominio que se transmite al hijo está inscrito en un registro público. Como conclusión, expone el autor que la puesta en posesión efectiva se consigue mediante la inscripción del negocio traslativo en la correspondiente oficina registral.

309

Se estudian seguidamente una serie de documentos procedentes de la Cancillería regia referentes a concesión de beneficios a ciertos templos, llamados “decretos reales”, que contienen preciosas informaciones sobre la organización de los servicios registrales del Egipto más antiguo. Pone de relieve el autor (pág. 184) cómo de estos documentos se puede deducir que los diversos servicios de la administración en todos sus niveles confeccionaban censos, listas o registros en rollos de papiro, registros que serían entregados a las diferentes oficinas públicas competentes según la clase de los documentos y bienes censados. La obligación de censar o registrar se corresponde con el deber de “declarar” por parte de los administrados.

La organización registral y los deberes del “visir” que se estudian a continuación, constituyen sin duda unas páginas apasionantes para todo aquel que esté familiarizado con una organización registral en la actualidad. Punto de partida es el importante papel del “visir”, encargado de ejecutar las instrucciones reales. En el nivel local surgen dos funcionarios típicamente encargados de funciones relativas a las propiedades inmuebles, el “inspector de campos” y el escriba llamado “de la esterilla” por el aditamento que portaba.

Las formalidades registrales resultan con claridad de diversos documentos, y en esencia consisten en que el documento se sella y archiva en un registro local, y que una copia se envía a la oficina central de la administración de la capital.

El documento clásico más completo y complejo acerca de la transmisión es la llamada “Estela jurídica de Karnak”, que el autor analiza y explica con detenimiento. Recoge este documento un negocio de cesión por causa onerosa otorgado por una persona a favor de su hermano, de su principal y del patrimonio afecto al cargo. La Estela contiene una serie de actos (acuerdo de venta, relación detallada de un proceso, ofrecimiento de pago al acreedor, etc...), que el autor va examinando: Así por ejemplo la expedición de una certificación por parte de la oficina del “visir” acreditativa de la legitimación del disponente alegada por él en el proceso.

Especial atención merece la propiedad en el proceso y la prueba registral (págs. 205 a 223). Para ello se analiza una larga inscripción jurídica de un pleito descubierta en una tumba del Imperio Nuevo. En esencia el estatuto jurídico del dominio indiviso bajo la administración del heredero, va a ser objeto de disputa en los tribunales en una serie de procesos que se suceden en el tiempo entre miembros de la misma casa. Se pueden distinguir hasta cinco procesos, los dos últimos de ejercicio de acción reivindicatoria, que son los que el autor analiza con detenimiento, resaltando cómo la evidencia examinada en primer lugar es la documental y el medio de prueba principal son los documentos (papiros) debidamente registrados por los funcionarios competentes. Resulta aleccionador cómo ante la presentación de documentos contradictorios, se ordena cohonestarlos con los registros públicos, para determinar cuál de ellos es falso. Como conclusiones del examen del proceso pueden sentarse que el documento escrito debidamente autorizado y registrado es medio privilegiado de prueba, y en caso de duda sobre su autenticidad se coteja con los registros públicos. Estas conclusiones se confirman con otros textos, como la “Estela de Dakleh”, igualmente analizada por el autor.

Profundizando en el estudio de la técnica registral, se examina la “Estela de la demarcación” y el texto de las donaciones de “Edfu”.

Finalmente el autor aborda un capítulo que sin duda constituye su principal aportación a la obra, como son LOS EFECTOS CIVILES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS REGISTRALES Y LA PRIMERA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE Oponibilidad REGISTRAL. Hay que esperar al período ptolemaico para encontrar una formulación rigurosa del requisito de la inscripción para la admisibilidad de un documento por los tribunales de justicia. Así, la última fase del Derecho indígena egipcio (“Código de Hermópolis”) contiene una regla fundamental sobre otro de los aspectos de la eficacia de la institución registral: La oponibilidad a tercero adquirente de los derechos y cargas inscritos. Estamos pues ante un remoto antecedente de nuestro art. 32 de la Ley Hipotecaria. Así, en una columna de dicho Código se establece que “si una casa estuviera inscrita a nombre de una persona en el Registro de la Propiedad, y otro la vende a un tercero, éste no puede decir: la he adquirido limpia (de título)”. El autor resalta cómo falta todavía una rigurosa interpretación de su verdadero sentido, que sin embargo él intenta, avalado por sus profundos conocimientos hipotecarios.

Parte de la afirmación del tercer adquirente, el que no puede pretender haber adquirido con buen título. Resalta cómo determinadas cargas que pesaban sobre una finca tendrían trascendencia real y serían inscribibles en el Registro para su oponibilidad a tercer adquirente, y de ahí la necesidad de su constancia registral. Los documentos egipcios consideraron al titular del derecho a que le fuera transmitida la propiedad por un documento de cesión como propietarios, y de ahí que el supuesto del Código de Hermópolis consista en que la casa está inscrita a nombre de cierta persona (el titular de ese derecho, superior a una mera expectativa) y otra persona (el gravado con esa carga) la vende a un tercero. La consecuencia es clara: si la carga está inscrita es que el tercero no adquiere bien, léase libre de cargas (pág. 246).

El libro va precedido de un prólogo del eminente egiptólogo Don Josep Padró, y una nota introductoria de José María Chico y Ortiz.

Estamos ante una obra de auténtica investigación científica e histórica, que nos remonta a los orígenes remotos de la institución registral y de sus principios. La lección parece obvia: Cuando surge una cultura jurídica, surge la necesidad de crear instituciones jurídicas que protejan al ciudadano y garanticen sus derechos, y en concreto la propiedad inmueble. Ahí está el origen de la institución registral. El esfuerzo del autor nos enseña cómo el antiguo Egipto ya creó una organización registral, que con las necesarias evoluciones ha llegado a nuestros días.

311

Manuel Casero Mejías

Registrador de la Propiedad y Mercantil

“La accesión en las edificaciones”, NUÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados. Profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Prólogo de Don Manuel Albaladejo García. Editorial José María Bosch, S.A. Barcelona 1994. 194 págs.

Este libro, recientemente aparecido, obra de la profesora Núñez Boluda, titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, constituye un estudio serio y profundo de una institución jurídica, a la que la doctrina civilista no ha dedicado especial atención, por lo que adolecía de imprecisiones y lagunas que ocasionaban frecuentes problemas prácticos. De ahí la favorable acogida, sobre todo de algunos sectores profesionales, como los pertenecientes al ramo de la construcción, que ha tenido este importante trabajo, ya que clarifica la materia y resuelve con acierto problemas desde siempre planteados.

312

Consta la monografía de tres grandes capítulos; dedicado el primero a lo que podríamos denominar una parte general de la accesión, que no es frecuente encontrar en textos ni en monografías dedicadas a la misma; el segundo al estudio del artículo 360 del Código civil y el tercero al 361 del mismo Cuerpo Legal.

Se inicia el primer capítulo con una clara argumentación de la razón de la limitación del trabajo a la “Accesión en las edificaciones”. Las edificaciones, nos dice la autora, tienen una riqueza casuística mucho más numerosa que las plantaciones, por la variedad de las obras (desde las meras reparaciones, a la construcción de nueva planta) y la frecuencia de situaciones, lo que ha producido de hecho abundantes casos de litigio resueltos judicialmente y una importante jurisprudencia del Tribunal Supremo que se comenta a lo largo del trabajo. Comparativamente con otras formas de accesión, continua, la que se produce en las edificaciones, es, la de mayor interés, económico y jurídico.

Realiza a continuación una crítica al tratamiento unitario que la doctrina ha solido hacer tradicionalmente a esta figura de la accesión y tras unas indicaciones sobre cómo se formó históricamente el concepto, llegar al concepto estricto de la misma.

Del concepto resultan los elementos constitutivos de la accesión propiamente dicha. Elementos que después desarrolla con gran profundidad y detalle, con cita de abundante jurisprudencia. Advierte la autora que, si falta alguno de ellos —unión inseparable de dos cosas pertenecientes a propietarios diferentes, falta de acuerdo previo o relación jurídica previa entre dichos propietarios que afecte a las cosas unidas, y carácter de las cosas unidas, la una accesoria de la otra que se reputa principal— debe entenderse que no hay accesión; y que si se añaden otros, con efectos funda-

mentales, tampoco hay propiamente accesión, sino otra figura determinada por esos otros elementos añadidos, sin perjuicio de que puedan aplicarse como supletorias las reglas de la accesión.

Al tercer elemento mencionado dedica una especial atención, razonando y fundamentando la vigencia del viejo principio romano *superficies solo cedit* en nuestro Derecho Positivo y ser por tanto el que aplica nuestro Tribunal Supremo (salvo en la accesión invertida).

Continúa el capítulo con el estudio del espinoso tema del “Efecto primordial de la accesión”. El efecto es uno, dice la profesora Núñez Boluda, resolver el conflicto de intereses entre los titulares en pugna mediante la atribución a uno de ellos, el de la cosa principal, de la propiedad del todo resultante de la unión inseparable, evitando de un lado la destrucción de riqueza y de otro la aparición de una copropiedad en las cosas unidas. Para que se produzca este efecto, y otros accesorios, entiende la autora, que se precisa un acto de voluntad del *dominus soli*, la aceptación. En la edificación en suelo propio con materiales ajenos, el hecho de tomarlos implica aceptación. En la edificación en suelo ajeno, el dueño del terreno al efectuar la famosa opción, lo que está haciendo es aceptar o rechazar la accesión y si la acepta los efectos se retrotraen a la fecha de la unión indisoluble.

A continuación se adentra en el estudio de un tema, que como muchos de los pertenecientes al ámbito de la accesión, la doctrina no ha solido nada más que plantear sin un ulterior desarrollo, los “Efectos de la accesión en los derechos de los terceros sobre las cosas unidas”. Distingue para una mayor claridad, entre los derechos de terceros sobre los materiales de construcción, y los derechos de terceros sobre el terreno en que se edifica. Considera también que aunque siendo derechos sobre cosas habrían de ser de naturaleza real, también pueden ser de naturaleza no real. Estudia y busca la solución correcta a casos de arrendamiento, usufructo, censo, hipoteca, superficie, etc. Finaliza el capítulo primero con “La discutida posibilidad de recuperar las cosas accesorias en los casos de ruina y demolición de lo construido”. El supuesto de hecho es sencillo: por destrucción de la obra construida, los materiales que se emplearon recobran su independencia, según el Derecho Romano y gran parte de la doctrina que se ha ocupado del tema.

En contra de la opinión más extendida, la doctora no considera aceptable el famoso *dominium dormiens* del dueño del suelo, porque la accesión produjo su efecto, adquisición de las cosas muebles accesorias, los materiales, por el dueño de la cosa principal, el suelo. No duerme, nos dice, el dominio de los materiales indestructiblemente unidos al suelo, sino que se extingue por la incorporación. Lo único que podrá el *dominus materiae* es reclamar al *dominus soli*, enriquecido por esa incorporación, el importe de ese enriquecimiento. Una vez producida la demolición, los materiales resultantes por la misma siguen perteneciendo al dueño del suelo, aunque los deba.

El segundo capítulo lleva por título “La accesión por edificación en suelo propio con materiales ajenos”, y como se deduce del mismo comprende el estudio del artículo 360 del Código civil, estudio, haciendo honor a la verdad, muy completo y pormenorizado.

Tras unas indicaciones históricas de esta norma en el Derecho Romano, Las Partidas y el Derecho Francés, perfila el supuesto de hecho al que se han de aplicar los preceptos del Código civil, los casos incluidos y excluidos de este artículo 360. Interesante exposición que la doctrina suele olvidar, y que desde un punto de vista práctico es preciso conocer.

Particularmente interesante es el trabajado estudio del alcance de la expresión “por otro” que contiene el citado artículo. Demuestra la profesora Núñez que esa frase comprende, no sólo las actuaciones de las personas que usualmente se entiende admite la expresión, sino también otros supuestos en que se actúa *contemplatio domini*. Esa manera de actuar *contemplatio domini* es la que decide la aplicación de las reglas de edificación en suelo propio con materiales ajenos (360), y no la aplicación de las reglas de edificación en suelo ajeno (361 a 365), una de las cuales es la del supuesto en que los materiales sean también ajenos (365). Y las consecuencias de aplicar una u otra regla, como resalta y detalla la autora, son muy importantes.

Termina este capítulo con una acertada y práctica exposición relativa al “Pago del valor de los materiales y el resarcimiento de daños”. El dueño del suelo, beneficiado por la accesión, tiene que abonar el valor de los materiales incorporados, y si hubiera obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Plantea y resuelve, conforme a Derecho, varias e interesantes cuestiones.

El tercero y último capítulo es el más extenso. Se intitula “La accesión por edificación en suelo ajeno”. En él analiza exhaustivamente la problemática que plantea este supuesto de edificación, que es el que más abundante literatura jurídica ha producido y el que ha ocasionado mayor número de sentencias del Tribunal Supremo.

Sigue el mismo método que el utilizado en el estudio del artículo 360: incursión histórica y supuestos de hecho que en la práctica se acogen o quedan fuera de la aplicación de los artículos 361 y siguientes.

Seguidamente plantea el problema de “La adquisición de la propiedad por el dueño del suelo”, centrado en la edificación realizada de buena fe. Presenta con claridad las dos posiciones doctrinales que sostienen soluciones contrarias. La mayoritaria, que cuenta incluso con el apoyo del Tribunal Supremo, para quienes la adquisición de la propiedad por el dueño del suelo no se produce con la incorporación de los materiales, sino posteriormente cuando el dueño del suelo ejerce el derecho de opción que le concede el artículo 361 del Código civil, ejercicio que debe además ir acompañado del pago de la indemnización que el artículo señala. Y la minoritaria actualmente, que se conoce con el nombre de la teoría de la accesión automática; para este último sector doctrinal la propiedad se adquiere desde la incorporación de los materiales al suelo.

La profesora Núñez Boluda razona con sólidos argumentos jurídicos las ventajas de esta última postura expuesta en relación con la primera, la tradicional. Mediante la misma, entre otras cosas, se evita el extraño dominio dividido, tiene sentido el derecho de retención concedido al edificante y se clarifican situaciones jurídicas con seguridad para el tráfico jurídico. Pero, añade, como novedad y aportación propia, que demuestran sus profundos conocimientos jurídicos, que admitir la accesión automática no es admitir que se adquiriera la propiedad contra la voluntad del dueño del suelo, ni significa eliminar el derecho potestativo que establece a su favor el artículo 361. Hace falta que el dueño del suelo ejercite su opción, y si opta por hacer suya la obra, adquiere lo edificado, pero no desde que optó, sino con efectos retroactivos, desde el momento en que se produjo la unión insoluble.

Expone con acierto a continuación los “Efectos de la accesión en los casos de edificante de buena fe” donde desarrolla, con gran lujo de detalles, los derechos que asisten al dueño del suelo y al edificante. Y así corresponden al primero, además del ya estudiado de adquirir la propiedad de lo edificado, el de poder exigir alternativamente el pago del terreno. Este derecho que le asiste, es una salvaguardia, nos dice, de la voluntad en materia de adquisición de bienes. Por eso, el *dominus soli* sólo vende al edificante el suelo; sobre lo construido no llegó a aceptar la adquisición de la propiedad operada a su favor, porque renunció a tal adquisición.

Entre los derechos del edificante está el derecho a cobrar la indemnización que señala el artículo 361. Para señalar ésta distingue, por un lado entre las distintas clases de obra que hay que pagar, y por otro la valoración que tengan esas obras. Para el supuesto de mejora de lujo, distingue la autora, según que los materiales utilizados sean o no separables. Si lo son, el edificante puede llevárselos, pero no porque ponga en juego un supuesto *ius tollendi*, sino porque no se produjo la accesión y no perdió su propiedad.

El otro derecho del edificante, también estudiado en el trabajo, es el derecho de retención del que goza el edificante por ser poseedor, no dueño de lo edificado, para cobrarse determinados gastos, los necesarios y útiles, que ha tenido por razón de la cosa misma.

Se adentra a renglón seguido en una materia habitualmente poco trabajada por la doctrina, los “Efectos de la accesión en los casos de edificante de mala fe”. Aborda un problema desde siempre planteado y que creo resuelve con gran acierto y fundamento jurídico: el problema del abono de los gastos necesarios al edificante de mala fe en quien concurre también la cualidad de poseedor. Considera, la autora, que no es posible defender que en el Código haya dos grupos de normas, las de la accesión y las de la posesión, en compartimentos estancos. El Código es uno sólo, y entre sus normas tiene que producirse la comunicación adecuada al caso. Pero también, añade, el Código proporciona dos reglas distintas, una para cada situación de hecho. En consecuencia, y fijándose en la dicción del artículo 362

“el que edifica”, cree posible defender que si el edificante “cdifica” de mala fe, se le aplicará el artículo 362, pero si se limita a realizar obras de reparación, no es posible calificarlo de edificante, sino sólo de poseedor, y por tanto los artículos pertinentes serán los 453 y 455 del Código. Con esta solución se salva la contradicción puesta de manifiesto por la doctrina entre los artículos 362 por un lado y 453 y 455 por otro.

Finaliza el capítulo con un detallado estudio del artículo 365 del Código civil.

En resumen, una muy interesante obra, que pese a la densidad y complejidad de la materia se lee con atención y agrado, y que resuelve dudas planteadas desde antiguo, y plantea otras que no habían sido formuladas.

Manuel Albaladejo