

IN

REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ABRIL~JUNIO 1995

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

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-Radío
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
DE
NOTARIADO
ESPAÑOL
AÑO 1995

Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

Estudios

- 9 BELLO JANEIRO, Domingo: "La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia"
- 55 POLO, Eduardo: "Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima"
- 97 ROMERO HERRERO, Honorio: "Determinación del régimen económico matrimonial. Conflictos interregionales"
- 159 SERRANO GARCIA, Ignacio: "Control y gobierno de las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994"
- 189 VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: "Negocios en fraude de ley simulados, fiduciarios e indirectos"

Jurisprudencia

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION COMENTADA

- 235 — "Renuncia de un administrador mancomunado en el seno de la Junta General" (Res. 23 junio 1994).

Actualidad jurídica

A) *Informes y comunicaciones*

- 267 — TORRES ESCAMEZ, Salvador: "Los préstamos hipotecarios en el Derecho Internacional Privado español. Especial consideración del procedimiento de ejecución extrajudicial ante Notario".

B) *Notas bibliográficas*

- 289 — GONZALEZ LEON, C.: "El abandono de menores en el Código civil", Prólogo de M. J. Herrero García, Bosch, 1995, 383 págs.

LA LEY 4/1995, DE 24 DE MAYO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA*

A Ildefonso Sánchez Mera, decano del Ilustre Colegio Notarial de La Coruña, y, a su través, a todos los notarios gallegos, que hicieron posible la pervivencia de nuestro derecho.

9

DOMINGO BELLO JANEIRO
*Profesor Titular de Derecho Civil
de la Universidad de Santiago de Compostela*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** PRECEDENTES. **1.** La Compilación de 1963. **2.** La Ley de 1987. **III.** LA NUEVA LEY DE 1995. **1.** Título Preliminar. **2.** Título I y II: Derecho de persona. **3.** Título III y IV: Derechos reales. **4.** Título V y VI: Contratos. **5.** Título VII: Derecho de familia. **6.** Título VIII: Sucesiones. **IV.** CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

* El texto original que constituye el presente trabajo, con las debidas adaptaciones así como con la lógica supresión de las referencias al derecho argentino, se corresponde con la conferencia pronunciada en La Plata, Provincia de Buenos Aires (Argentina), el día 28 de abril de 1995, en el marco del *Seminario Galaico-Bonaerense*, organizado por el Ministerio de Gobierno y Justicia y la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires en colaboración con la Universidad de La Coruña y la Escola Galega de Administración Pública.

I. Introducción

El artículo 149/1-8 de la Constitución española, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil, consagra también una cierta capacidad legislativa civil de algunas Comunidades Autónomas, entre ellas la gallega, al permitir la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho civil preexistente al texto constitucional, lo que puede llevarse a cabo por parte del Parlamento gallego, y así se asume como competencia exclusiva en el artículo 27/4 del Estatuto de Autonomía, en tanto en cuanto Galicia constituye una de las Comunidades históricas que contaba con un Derecho civil, foral o especial previo a la entrada en vigor de la Constitución.

10

Dicha preexistencia de un Derecho propio y, de modo especial, su subsistencia en el momento en que se promulga el texto constitucional, constituye, en principio, el punto de inflexión preciso para posibilitar la más amplia legislación civil autonómica con el límite, en todo caso, impuesto por las normas de aplicación general y directa contenidas en el referido precepto de la Constitución *in fine*, si bien, y ello es innegable en la actualidad, sin la obligación de ceñirse únicamente a las instituciones históricas recogidas en la Compilación, según ha venido precisando un importante cuerpo de doctrina legal del Tribunal Constitucional.

En efecto, sobre estas cuestiones se ha pronunciado el Pleno del Tribunal Constitucional en su transcendental sentencia 88/1993, de 12 de marzo (suplemento al Boletín Oficial del Estado número 90, de 15 de abril de 1993), con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido por la Abogacía del Estado en representación del Presidente del Gobierno contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos, siendo ponente el Excelentísimo Señor Don Alvaro Rodríguez Bereijo.

En esta sentencia 88/1993, se señala, en concreto, que “la Constitución permite, así, que los Derechos Civiles especia-

les 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 la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales”.

A continuación, en tal decisión se añade que “... 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 rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento”.

En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, a tenor de lo expuesto, puede concluirse que es posible “... 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”.

Con análogo criterio el Pleno del Tribunal Constitucional se ha vuelto a pronunciar sobre el particular en la sentencia 156/1993, de 6 de mayo (suplemento al Boletín Oficial del Estado número 127, de 28 de mayo) dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido por la Abogacía del Estado en representación del Presidente del Gobierno 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 tanto en cuanto da redacción a los artículos 2, párrafo primero y 52, siendo, en esta sentencia, ponente el Excelentísimo Señor Don Vicente Gimeno Sendra.

Nos ha parecido oportuno exponer, siquiera de modo breve, la doctrina sustentada en dichas decisiones del Tribu-

nal Constitucional pues ambas resultan absolutamente silenciadas en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, aprobada unánimemente por el Parlamento gallego en la sesión plenaria de 20 de abril de 1995, y publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia número 264, de 16 de mayo, así como en el Diario Oficial de Galicia número 107, de 6 de junio y en el Boletín Oficial del Estado número 152, de 27 de junio.

En efecto, la mentada Exposición de Motivos de la Ley gallega, cuando se refiere a la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del propio derecho civil, tan sólo alude a las sentencias, también del Pleno del Tribunal Constitucional, 121/1992, de 28 de septiembre (Suplemento al Boletín Oficial del Estado número 260, de 29 de octubre de 1992), dictada ante el recurso de inconstitucionalidad promovido en relación con los artículos 2, párrafo segundo; último inciso del artículo 3/2, artículo 9 y Disposición transitoria de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de las Cortes Valencianas, de regulación de los arrendamientos históricos valencianos y a la sentencia 182/1992, de 16 de noviembre (Suplemento al Boletín Oficial del Estado número 303, de 18 de diciembre de 1992), recaída en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley gallega 2/1986, de 10 de diciembre, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia, siendo en ambas Ponente el Excelentísimo Señor Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

Según estas dos decisiones a que hace mención la Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, tal competencia autonómica “puede dar lugar a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico”, lo que, con ser cierto, no es, como se ha visto, el marco constitucional y estatutario al que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, únicamente ha de ceñirse el ámbito material de conservación,

modificación y desarrollo del derecho civil gallego, lo cual conviene poner de manifiesto.

Quedaría también por señalar en esta línea que, según ha quedado evidenciado, el reparto competencial en materia de derecho civil entre el Estado y las Comunidades Autónomas se ciñe a la disposición contenida en el artículo 149/1-8 de la Constitución al que se refieren las sentencias del Tribunal Constitucional anteriormente citadas, así como a la Disposición adicional segunda, que ahora no nos interesa (pues, como es sabido, se refiere a la falta de repercusión de la declaración de mayoría de edad en el artículo 12 del texto constitucional sobre las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del derecho privado) y, en su caso, a los artículos correspondientes de los respectivos Estatutos de Autonomía, sin que pueda aducirse, además, la Disposición adicional primera de la Constitución, de acuerdo con la que, en su párrafo primero, “la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales”.

13

Sobre tal particular, la sentencia 88/1993, señala, en el apartado B) del Fundamento Jurídico Primero, que no es posible tomar en consideración el contenido de tal Disposición como norma atributiva de competencias en materia civil “... 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... sino, sobre todo y en primer lugar, porque el sentido de la Disposición adicional primera de la Constitución española no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el artículo 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda de la Constitución), 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 a determinadas partes del territorio de la Nación”.

Por tanto, según ha quedado expuesto, el Tribunal Constitucional descarta la posible invocación de la Disposición adicional primera de la Constitución para determinar las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil propio y, de algún modo, ha perfilado los contornos de tales términos que se contienen en el precepto central para determinar la distribución competencial en materia de derecho civil entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

14

El problema de la interpretación de dichas palabras empleadas en el mentado artículo 149/1-8 se centra, sobre todo, en el sentido que debe darse a la palabra ‘desarrollo’, que, si bien, como se ha visto, no puede ser tan reducido que se confunda con la competencia de ‘modificación’, sin embargo, según también se especifica en la varias veces citada sentencia 88/1993, no debe ser tan amplio que abarque todas las materias de derecho civil no expresamente reservadas al Estado, ‘en todo caso’, en la segunda frase del citado precepto.

En concreto, en esta última decisión, se especifica que “el sentido de ésta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de 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 artículo 149.1.8. se dispone en orden a la determinación de las fuentes del derecho”.

Justamente respecto de la aludida cuestión de las fuentes, sobre lo cual no se hacía ninguna alusión en la Compilación, Galicia ha asumido estatutariamente competencias en la determinación de su propio sistema de fuentes del Derecho, según se declara en el artículo 38/3 del Estatuto de Autonomía, lo cual permite la constitución de un Derecho Civil gallego común de vigencia preferente como ordenamiento jurídico cerrado y completo, con la consiguiente po-

sibilidad de autointegración que impide la aplicación supletoria del Derecho estatal contenido en el Código civil a tenor de lo dispuesto en el artículo 149/3 de la Constitución.

Así, expresamente, en la Exposición de Motivos de la Ley del Parlamento de Galicia 7/1987, de 10 de noviembre, sobre la Compilación del Derecho civil de Galicia (Diario Oficial de Galicia número 12, de 20 de enero de 1988 y Boletín Oficial del Estado número 33, de 8 de febrero de 1988), se declara que “el ejercicio de la potestad legislativa que corresponde a Galicia en materia de su Derecho civil representa un rasgo destacado en razón de la realidad histórica de sus normas e instituciones, y, sobre todo, por la potencialidad que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 27/4 del Estatuto, ha de conllevar su desarrollo de cara a la formación de un cuerpo jurídico civil propio, autonómico y parlamentariamente establecido”.

Sobre ello, la presente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia especifica, en su Exposición de Motivos, que “el Estatuto de Autonomía de Galicia de 1981 creó un nuevo marco, dentro del que puede conservarse, modificarse y desarrollarse el derecho civil gallego...”, advirtiendo poco después, tras esta significativa declaración, que “de singular transcendencia para el derecho civil gallego es el artículo 38 del Estatuto de Autonomía, expresivo de las fuentes del derecho propio de Galicia...”, señalándose que “esta Ley, en su título preliminar, hace uso de esta facultad...” en términos que posteriormente se desarrollarán.

Precisamente, nuestra Comunidad Autónoma era la única de las que tradicionalmente disponían de derechos forales históricos que tenía pendiente la actualización, reforma y desarrollo de su Compilación tras la entrada en vigor del texto constitucional y consiguiente creación del Estado Autonómico y reparto competencial en materia de Derecho civil entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En efecto, mientras Aragón, Navarra, Baleares, el País Vasco y, por supuesto, Cataluña habían aprobado hace tiempo

sus modernos textos legales de Derecho civil propio, en Galicia hasta el pasado día 20 de abril del presente año 1995 no se aprobó por el Pleno del Parlamento la Ley de Derecho civil de Galicia.

En tal sentido, cabe destacar que Aragón ha procedido a la actualización de su Compilación aprobada por la Ley 15/1967, de 8 de abril, a través de las Leyes autonómicas 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón y 3/1988, de 25 de abril, sobre la equiparación de los hijos adoptivos, Ley ésta última cuya constitucionalidad ha sido declarada por la tan citada sentencia 88/1993, de 12 de marzo del Tribunal Constitucional, así como por la Ley 4/1995, de 29 de marzo, de modificación de la Compilación del Derecho civil de Aragón y de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de sucesión intestada (Boletín Oficial de Aragón número 43, de 10 de abril de 1995 y Boletín Oficial del Estado número 101, de 28 del mismo mes y año).

Por lo que respecta a Navarra, su Compilación del Derecho civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, además de otras modificaciones anteriores, es actualizada a través de la Ley foral 5/1987, de 1 de abril.

En igual dirección, la Comunidad Autónoma de Baleares actualizó su Compilación de Derecho civil especial aprobada por Ley 5/1961, de 19 de abril mediante la Ley autonómica 8/1990, de 28 de junio y Texto refundido aprobado por decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, habiéndose interpuesto contra el artículo 2 recurso de inconstitucionalidad en cuanto al inciso “*y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil*” que fue admitido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 156/1993, de 6 de mayo, por entender que afecta a las competencias exclusivas del Estado para fijar las reglas del Derecho interregional privado.

En cuanto al País Vasco, su antigua Compilación de Derecho civil Foral de Bizkaia y Alava aprobada por Ley 40/1959, de 30 de julio, fue actualizada mediante la Ley autonómica 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil Foral del País Vasco (Boletín Oficial del Parlamento Vasco de 7 de agosto), recurrida en diversos artículos ante el Tribunal constitucional por el Gobierno Central, Recurso 2685/92 (Boletín Oficial del Estado de 18 de noviembre) cuya suspensión, acordada por providencia de 11 de noviembre de 1992 y mantenida por auto de 30 de marzo de 1993 (Boletín Oficial del Estado de 9 de abril) ha sido dejada sin efecto, declarándose terminado ese proceso constitucional por auto de 1 de diciembre de 1993 (Boletín Oficial del Estado de 14 de diciembre).

Cataluña inicia la modificación de su Compilación aprobada por Ley 40/1960, de 21 de julio, a través de la Ley autonómica 13/1984, de 20 de marzo y el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, siendo destacable la inusitada capacidad legislativa del Parlamento Catalán para dictar normas civiles no integradas necesariamente en el texto compilado.

En efecto, la Comunidad catalana es la que mayor desarrollo ha realizado de su Derecho civil propio a través de las Leyes 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones Privadas, modificada por Ley 21/1985, de 8 de noviembre y completada por el Decreto 37/1987, de 29 de enero, por el que se aprueba la institución para la organización del protectorado; del Juego de 20 de marzo de 1984; 24/1984, de 28 de noviembre, de Contratos de Integración; Empresa familiar agraria de 24 de mayo de 1985; Protección de menores de 13 de junio de 1985; 9/1987, de 25 de mayo, de Sucesión Intestada y Ley 3/1993, de 5 de marzo, del Estatuto del Consumidor.

Entre las últimas Leyes aprobadas por el Parlamento Catalán, que derogan partes de la Compilación, destacan la

Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los Censos; 8/1990, de 9 de abril, de Modificación de la Regulación de la Legítima; 13/1990, de 9 de julio, de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad; 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones; 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias Sobre Cosa Mueble; 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda; 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción; 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela y de las Instituciones Tutelares; 40/1991, de 30 de diciembre, Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Catalunya, que deroga la citada Ley 9/1987, y 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges.

18

Pues bien, en Galicia hubo de esperarse, se reitera, a esta Ley 4/1995, de 24 de mayo, para adaptar el texto de la cada día más desfasada Compilación de 2 de diciembre de 1963 a la nueva realidad jurídica instaurada por el texto constitucional, con lo que claramente se evidencia la enorme demora sufrida en la materia en relación con el resto de Comunidades Autónomas con derecho propio.

El retraso se debió, en gran medida, a una reposada reflexión sobre el particular y a la sana intención de aprobar un texto que recibiese el apoyo de todos los sectores jurídicos, sociales y políticos de la Comunidad, que en su momento llevó a la formación de dos Comisiones de expertos paralelas, que dieron lugar a la existencia de dos Trabajos previos de Reforma de la Compilación, que a pesar de ser, según se verá, en esencia diferentes, su posiblemente necesaria unión tuvo como consecuencia esta Ley presentada y asumida por unanimidad en abril del corriente año por todos los grupos parlamentarios, lo cual, sobre todo en los momentos actuales, debe ser valorado positivamente.

II. Precedentes: La Compilación de 1963 y la Ley de 1987

En la mentada Exposición de Motivos de la Ley del Parlamento de Galicia 7/1987, de 10 de noviembre, sobre la Compilación del Derecho civil de Galicia, se advierte que “la historia de la previa existencia de la Constitución del Derecho civil gallego hizo posible que la Comunidad Autónoma de Galicia haya podido asumir en su Estatuto, y con carácter exclusivo, la competencia sobre dicha materia respecto a su conservación, modificación y desarrollo...”.

Según con toda claridad se expresa el legislador gallego de 1995 en la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Derecho civil de Galicia, éste “surge a lo largo de los siglos en la medida en que su necesidad se hace patente, frente a un Derecho que, por ser común, negaba nuestras peculiaridades jurídicas emanadas del más hondo sentir de nuestro pueblo”, por lo cual parece oportuno exponer, siquiera sumariamente, tal Derecho civil preexistente.

19

Efectivamente, la mención a la tradición histórica de nuestro Derecho viene impuesta no sólo porque constituye, en último término, la razón justificativa de la posibilidad actual del desarrollo del propio Derecho civil gallego, sino, de modo singular, porque en esta Ley de 1995 está presente en muy diversas instituciones, lo cual impone, según se ha adelantado, su análisis a continuación.

1. La Compilación de 1963.

La Compilación del Derecho civil especial de Galicia aprobada por la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, quiso articular un Derecho de honda raigambre consuetudinaria que venía teniendo vigencia a través de diversas fórmulas notariales.

Se compilan en tal fecha figuras con gran tradición en Galicia, como la Compañía familiar o el Petruciazgo, que tenían como finalidad principal mantener la unidad de la

casa, y, asimismo, se recogen singulares modos de tenencia de la tierra, como los foros o la aparcería, siendo tales aspectos enunciados los más relevantes de su contenido.

En concreto, el entonces legislador estatal de 1963, a pesar de su pretensión inicial de “recoger con fidelidad las instituciones forales que están actualmente vigentes”, compiló una serie de instituciones que, desde luego, eran propias de nuestra comunidad pero que no suponían ninguna quiebra en los principios consagrados en el Código civil y que, en cualquier caso, ya en el momento mismo de su aprobación, eran escasamente utilizadas en la práctica diaria, lo que, todavía, resulta más notorio y acusado en el momento actual, en que las instituciones compiladas en 1963 carecían ya totalmente de aplicación a los albores del siglo XXI.

20

En tal sentido, es acertada la calificación que se realiza en la Exposición de Motivos de la Ley de 1995 acerca de la Compilación de 1963 como “fragmentaria, incompleta, falta de entidad propia de un sistema jurídico y, en consecuencia, en buena parte, de espaldas a la realidad social”.

Así, el Título I, artículos 3 a 46, de la Compilación de 1963 llevaba por rúbrica “De los foros, subforos y otros gravámenes análogos”, con referencia en cuanto a los últimos a las denominadas rentas en saco, que eran todos ellos modos de tenencia y explotación de la tierra enmarcables en la categoría de los censos y que en la propia Compilación tenían una vigencia limitada a 10 años desde su entrada en vigor, siendo definitivamente derogada su regulación por la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, del Parlamento gallego.

En efecto, el párrafo 1.º de la Disposición Transitoria 2.ª de la Compilación de 1963, en su redacción originaria, establecía que “transcurridos diez años desde la entrada en vigor de esta Compilación, no se admitirán por los Juzgados y Tribunales demandas en que se ejerciten acciones, directa o indirectamente encaminadas al reconocimiento, redención, apeo y prorratio de foros, su prescripción, consolidación de

dominios o pago o reducción de pensiones forales de cualquier especie”, señalándose en la Disposición derogatoria de la Ley 7/1987 que “en tanto en cuanto pudiesen conservar alguna vigencia, se consideran definitivamente derogados el Título I, suprimiéndose sus artículos 3 al 46, y las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre”.

En el Título siguiente, el II, de la Compilación de 1963, artículos 47 a 58, se regula la denominada “Compañía familiar gallega”, que, según el precepto con que se inicia dicho Título, el artículo 47, “se constituye entre labradores ligados con vínculo de parentesco, para vivir juntos y explotar en común tierras o ‘lugar acasado’ pertenecientes a todos o a algunos de los reunidos”, cuando, en la actualidad, estas explotaciones familiares de carácter doméstico apenas subsisten y, en su caso, en el mejor de los supuestos, adoptan formas de Cooperativas.

21

Buena prueba de su escasa operatividad en la práctica es la disposición contenida en el artículo 48 en que se especificaba que “cuando un labrador ‘case para casa’ a un pariente, se entenderá, salvo pacto en contrario, constituida la Compañía para la percepción en común de los frutos, el sostenimiento de la casa y cargas familiares, y la distribución de los frutos a la fecha y cesación de la vida común”, siendo la realidad presente que resulta muy extraño en los momentos actuales que alguien se “case para casa”.

A continuación se regulaba, en el Título III, artículos 59 a 83, la aparcería, incluyéndose la aparcería agrícola en general (artículos 64 y 65); la aparcería del lugar acasado en especial (que comprende, según el artículo 66, la casa de labor, edificaciones, dependencias y terrenos, aunque no sean colindantes, que constituyan una unidad orgánica de explotación agropecuaria y forestal, extendiéndose su regulación hasta el artículo 71), así como la pecuaria (artículos 72 a 78) y forestal (artículos 79 a 83), resultando, de nuevo, una institución, la aparcería, de escasa utilización ante la mayor

preponderancia de los arrendamientos rústicos, en que prácticamente queda subsumida aquélla (a pesar de que en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1995 se declara que tiene “hoy una excelente vitalidad”, lo que, como hemos adelantado, no compartimos).

En el Título IV se contenía la regulación del derecho de labrar y poseer (artículos 84 a 87), que constituía un sistema de mejora propio del ascendiente que quisiere conservar indivisos un lugar o una explotación agrícola, a quien, en el artículo 84, se le permite adjudicarlos íntegros al “*petrucio*”, esto es, a cualquiera de sus hijos o descendientes, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, y aunque las suertes de tierras estén separadas, implicando tal adjudicación la mejora tácita en las siete quinceavas partes de la herencia, si el testamento no dispusiera otra cosa y sin que ello impida que el ascendiente disponga, a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición.

22

En el momento en que el ascendiente hubiese hecho uso de esta facultad, sigue diciendo el segundo párrafo del mentado precepto, entonces, se satisfarán a los demás herederos forzosos sus legítimas, o las porciones de mayor entidad en que los instituya, con metálico y otros bienes, si los tuviera, siendo, en fin, una institución que trata de asegurar la unidad de la casa petrucial pues ésta y su era, corrales o huerto unido se reputarán indivisibles, tanto en la sucesión *mortis causa*, testada o intestada, como en las particiones que el ascendiente hiciere en vida.

No parece necesario insistir en la escasísima vigencia en la realidad actual de Galicia tanto de esta mejora y el derecho de labrar y poseer o del petrucio cuánto de la compañía familiar a la que necesariamente servían aquéllos de complemento.

Para concluir este repaso histórico por el contenido de la Compilación de 1963, que se justifica por la repetición de buena parte de sus instituciones en la nueva Ley, el último Título, el V, llevaba por rúbrica “Formas especiales de

comunidad”, comenzando por la comunidad en materia de montes, que comprendía su primer capítulo, el cual había sido derogado en tanto en cuanto no lo estuviese ya por la Disposición Derogatoria de la Ley 7/1987, encontrándose regulado ahora por la Ley autonómica 13/1989, de 10 de octubre, sobre montes vecinales en mano común, y su Reglamento, aprobado por Decreto 260/1992, de 4 de septiembre.

El resto de los capítulos del referido Título V se referían a la comunidad en materia de aguas de *torna a torna* o *aguas de pillota* (artículo 90), al *agro, agra* o *vilar*, en referencia a los prácticamente inexistentes, ante el nuevo fenómeno de la concentración parcelaria, muros, cercados o cierres que se declara de pertenencia en comunidad de los propietarios de las parcelas sitas en el mismo (artículos 91 y 92) y a los típicos *muiños de herdeiros* que, según se contenía en el artículo 93, eran los molinos de propiedad común indivisible dedicados a moler granos en que se fijan los aprovechamientos por grupos de horas, en un lejano antecedente, según algunos, de la moderna multipropiedad, de los cuales apenas subsiste alguno en el momento actual.

Quedaban, no obstante, fuera instituciones de uso constante en la práctica jurídica gallega, como el usufructo vidual universal, el testamento mancomunado, el abono en metálico de las legítimas, el apartamento o el contrato de vitalicio, todo lo cual conllevó como corolario el acusado carácter consuetudinario del Derecho gallego y el escaso recurso al texto Compilado que no se correspondía con la realidad vivida que, por lo demás, no encajaba, según adelantamos, con el sistema general consagrado en el Código civil que, como es sabido, prohibía expresamente la costumbre *contra legem* en su entonces vigente artículo 5.

En efecto, estas instituciones realmente usadas en la práctica jurídica gallega se encontraban prohibidas por el Derecho Común, que, expresamente, impide otorgar testamento mancomunado en su artículo 669 y que prohíbe los pactos sucesorios en su artículo 1.271; que consagra el carácter ex-

cepcional del pago en metálico de la legítima en su artículo 1.056, así como la intangibilidad de la misma legítima en su artículo 813, lo cual constituye un importante obstáculo, al menos legal, para el usufructo universal del cónyuge viudo.

Así, en la Exposición de Motivos de la Ley de 1995, se destaca que “es, precisamente, el Código civil de 1889 el que coloca al margen de la legalidad vigente a buena parte de nuestro derecho civil propio, sin que esta situación haya sido, ni mucho menos, resuelta con la promulgación, en 1963, de la Compilación...”.

En conclusión, según ha quedado dicho, en los mismos términos en que se pronunciaron los distintos Congresos de Derecho gallego celebrados en La Coruña en 1972 y 1985 y se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley de 1995, “la Compilación de 1963 no era la expresión completa de nuestro derecho civil y, al contrario, fuera de ella pervivían muchas instituciones que esperaban su incorporación al derecho vigente”.

24

2. La Ley de 1987.

Ante la realidad jurídica y la situación fáctica expuesta en las líneas precedentes, la varias veces citada Exposición de Motivos de la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, advierte que “la tarea que, por tanto, corresponde realizar a los poderes públicos gallegos, y, entre ellos, especialmente al Parlamento, en materia de Derecho Civil gallego, implicará a la postre desarrollarlo en una línea abiertamente constitucional y nítidamente autonomista, que con la imperiosa renovación de las disposiciones de la Compilación de 1963 habrá de entroncar las que precisen las instituciones no recogidas en la misma”.

Con tal punto de partida, en esa fecha se integra en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma gallega el texto normativo de la Compilación de 1963, pero bajo el

título de Compilación del Derecho Civil de Galicia con la supresión del adjetivo que figuraba desde 1963 de “especial” con la manifiesta voluntad, nítidamente autonomista, como se ha dicho, de evidenciar su carácter propio, común, independiente, *per se* sustantivo y no apendicular de un Derecho General o Común, esto es, según se especifica en la mentada Exposición de Motivos, “un cuerpo jurídico civil propio, autonómica y parlamentariamente establecido”.

Ahora bien, esta incorporación se lleva a cabo con lógicas modificaciones tal y como se declara en esa Exposición de Motivos y no sólo las derivadas de la falta de vigencia de determinados preceptos, como los ya aludidos referidos a los foros, que, según se dijo, se consideran definitivamente derogados en cuanto pudiesen conservar alguna vigencia, sino también las “exigidas por la falta de armonía constitucional y estatutaria de algunos de sus preceptos”.

Así, se reformó en esta fecha el artículo 1, el párrafo 1 del artículo 2 y la Disposición final segunda, todo ello con la finalidad de consagrar la preferencia a cualquier otro del Derecho de Galicia en su territorio, la aplicabilidad preferente territorial del Derecho autonómico (artículo 2, párrafo 1) así como la supletoriedad del Derecho civil estatal (Disposición Final Segunda), considerándose preferente no sólo la Compilación sino el conjunto de las disposiciones del Derecho civil de Galicia, escrito o consuetudinario, contenido en sus instituciones integradas o no en el texto compilado, por cierto no completo, así como en sus principios que lo informan.

Para concluir este apartado, parece oportuno reseñar que el Parlamento gallego, al aprobar dicha Ley 7/1987, según se expone, con toda claridad, en su Exposición de Motivos “asienta el sencillo pero necesario cimiento para el preciso desarrollo del Derecho civil gallego”, especificándose que si bien la previa existencia de la Compilación permitió la asunción de competencias en materia de Derecho civil con la finalidad de su desarrollo, sin embargo “no determinó que

éste último haya de ceñirse a los supuestos institucionales recogidos en el texto, por cierto no completo, de la Compilación aprobada por Ley de 2 de diciembre de 1963”, todo lo cual será objeto de análisis en el siguiente epígrafe.

III. La nueva Ley de 1995

26

El pasado 20 de abril de 1995, en la correspondiente sesión plenaria, el Parlamento gallego aprobó por unanimidad, tras el oportuno debate, el Dictamen de la Proposición de Ley de Derecho Civil de Galicia presentado a iniciativa de los grupos políticos Partido Popular de Galicia, Socialistas de Galicia y Bloque Nacionalista Gallego (Boletín Oficial del Parlamento de Galicia números 223 y 243, de 11 de marzo y 6 de abril de 1995, respectivamente) y que había tenido el visto bueno del informe elaborado por la Ponencia sobre la Proposición de Ley de Derecho Civil de Galicia (Boletín Oficial del Parlamento de Galicia número 212, de 22 de febrero de 1995).

El nuevo texto legislativo prescinde, al igual que acaeció en buena parte de las legislaciones autonómicas postconstitucionales, del consolidado término Compilación, no obstante referirse a usos y costumbres compilados en su segundo artículo, siendo finalmente publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia número 264, de 16 de mayo, así como en el Diario Oficial de Galicia número 107, de 6 de junio y en el Boletín Oficial del Estado número 152, de 27 de junio, sobre el cual versarán las reflexiones contenidas en las páginas siguientes.

En cuanto a su estructura sistemática, consta, en primer lugar, de la varias veces citada Exposición de Motivos, que, por cierto, fue objeto de una oportuna corrección a través de un anexo de depuración técnica del Dictamen de la Comisión de la Proposición de Ley (Boletín Oficial del Parlamento de Galicia número 243, de 6 de abril de 1995) con

la finalidad de cohonestarla con la modificación que había sufrido en la tramitación parlamentaria la regulación de las fuentes del Derecho Civil gallego en términos que con posterioridad serán objeto de comentario más pormenorizado, siendo de resaltar que en ese anexo se produce un error material al mencionar el párrafo quinto de la Exposición de Motivos como objeto de la modificación puesto que, en realidad, su contenido se incorpora al párrafo cuarto.

Tras la mentada Exposición de Motivos figuran 170 artículos, agrupados en un Título Preliminar y ocho Títulos más, sin que ninguno de dichos preceptos se encuentre precedido por una rúbrica, título o encabezado como hubiera sido deseable a imagen de las Leyes estatales 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y 30/1994, de 24 de noviembre también, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, por citar alguna de las más recientes (ambas en el Boletín Oficial del Estado número 282, de 25 de noviembre de 1994).

27

A continuación del articulado figuran dos Disposiciones adicionales, estipulándose en la primera que las donaciones por razón de matrimonio y los pactos sucesorios deberán constar necesariamente en capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública, así como la posibilidad de modificar o extinguir a través de testamento mancomunado el usufructo de viudedad entre los cónyuges, todo lo cual parece tener más oportuno acomodo dentro de los Títulos respectivos, referentes al régimen económico familiar (Título VII) y a las sucesiones (Título VIII) y no tiene demasiado sentido en el contexto de las Disposiciones adicionales, que culminan con la alusión, en la segunda, a la Ponencia parlamentaria que elaborará, cada cinco años, un informe comprensivo de las dificultades y dudas que se adviertan en la aplicación de la presente Ley.

Después de las referidas Disposiciones adicionales se incluyen cuatro Transitorias, a través de las cuales, se remite,

en la segunda, a la Ley autonómica 3/1993, de 16 de abril para disciplinar el arrendamiento histórico todavía vigente, y en la última, respetuosamente, a los principios que informan las Disposiciones transitorias del Código civil, para dejarlos a salvo, lo que, si bien puede parecer, por ser evidente, un tanto innecesario, sin embargo, deviene de alguna utilidad ante la falta de previsión del carácter retroactivo de determinadas instituciones, como la regulación de la servidumbre de paso y su adquisición por usucapión, según ulteriormente se expondrá.

Seguidamente figura una Disposición derogatoria, tanto de la Ley 7/1987 cuanto de todas las disposiciones que se opongan a lo previsto en la presente norma, corrigiendo el defecto que se contenía en la Proposición de Ley de derecho civil especial de Galicia (Boletín Oficial del Parlamento de Galicia número 90, de 23 de junio de 1994) en la cual la derogación, erróneamente, se pretendía de la “Ley 147/1963, de 2 de diciembre, adaptada e integrada bajo el título de Compilación del Derecho Civil de Galicia en el ordenamiento jurídico gallego por la Ley del Parlamento de Galicia 7/1987, del 10 de noviembre...”.

El texto acaba con la Disposición final, en cuya virtud la fecha de entrada en vigor del nuevo texto legal será a los tres meses de su publicación en el Diario Oficial de Galicia que, como se ha dicho, tuvo lugar el pasado día 6 de junio, siendo ésta, como es lógico, la última disposición del nuevo texto, a diferencia de la estructura de la Compilación de 1963, en que se anteponía la Disposición final a las transitorias.

1. Título Preliminar.

Bajo esta rúbrica “Título Preliminar” se contienen 5 artículos, en los cuales se delimita el contenido y ámbito territorial o espacial y personal del Derecho civil de Galicia, abordándose, por primera vez en nuestro Derecho, la cues-

ción de las fuentes que no había sido tratada en la Compilación de 1963 como se adelantó.

En el artículo 1.º y en el 3/1 de la nueva Ley se pretende dotar de un valor preeminente a la costumbre, que aparece citada en primer lugar y sólo cederá ante la ley imperativa según se declara en el artículo 3/2, eximiéndola de prueba en caso de ser notoria en clara similitud con el artículo 2/3 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho Civil especial de Galicia.

Así, se señala que el Derecho civil de Galicia está integrado por los usos y costumbres propios y por las normas contenidas en esta Ley así como por las demás leyes gallegas que lo conserven, desarrollen o modifiquen (artículo 1), interpretándose e integrándose desde los principios generales que lo informan, los usos, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega (artículo 2/2), siendo poco afortunada, en nuestro ordenamiento jurídico, la mención conjunta de la Ley, la costumbre y los principios generales, que son fuente del Derecho, con la jurisprudencia o la tradición jurídica, que nunca son fuente del Derecho, todo ello por más que dicho precepto resulte un fiel reflejo de la disposición contenida en el artículo 1.º/2 de la Ley 8/1990, de 28 de junio, de la Compilación del Derecho Civil de Baleares.

Igualmente, se especifica, en el artículo 2/1, que los usos y costumbres notorios no requerirán prueba, considerándose notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia, resultando de aplicación, en defecto de costumbres y leyes civiles gallegos, el Código civil y las demás leyes civiles comunes siempre que no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego tal y como reza el artículo 3/1.

Dado el valor preeminente de que se pretende dotar a la costumbre gallega en esta Ley de 1995, pudiera parecer que

la misma se sitúa en igual dirección de ubicar en el primer orden a la costumbre que la Ley 2 de la Compilación de Derecho Civil o Fuero Nuevo de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo; el artículo 1.º/1 de la Compilación de Aragón, aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril y modificada por la Ley 3/1985, aprobada en las Cortes de Aragón el 21 de mayo de 1985, así como, en materia de sucesión intestada, por la Ley 4/1995, de 29 de marzo, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón; el artículo 1/2 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña o el artículo 1.º/1 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Foral del País Vasco.

Ahora bien, ha de tomarse también en consideración que la aplicación de los usos y costumbres es tan sólo preferente a la de Leyes civiles estatales no imperativas y que no hay prioridad ninguna de los mismos sobre leyes o normas legales gallegas puesto que, únicamente, en concreto, en materia de aparcerías, se establece expresamente que rigen antes los usos y costumbres "locales" que las normas de la Ley, según se deduce de la disposición contenida en el artículo 57, todo lo cual debe de tenerse muy en cuenta a la hora de arriesgar una opinión sobre la jerarquía de las fuentes, no siendo un trabajo genérico de este tipo el lugar apropiado para extendernos más acerca del particular.

En cuanto al ámbito espacial, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 4, el Derecho civil gallego tendrá eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma (que se delimita en el artículo 2 del Estatuto de Autonomía), exceptuándose los casos en que, conforme el Derecho interregional o Internacional Privado, deban aplicarse otras normas.

Por lo que afecta al aspecto personal, este Título Preliminar concluye con la determinación, en su artículo 5, de la sujeción al Derecho civil de Galicia por la vecindad civil de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho civil común, reconociéndose a los gallegos que residan fuera de Galicia el derecho a mantener la vecindad civil gallega de conformidad

con lo dispuesto en el Derecho civil común por lo que, en consecuencia, pueden seguir sujetos al Derecho civil de Galicia, que, por cierto, es tan común en el territorio gallego como el contenido en el Código civil al que ya no tiene sentido, según ha quedado expuesto, calificar ahora como común o general puesto que el gallego no es ya, por lo menos desde 1987, especial o apendicular.

Sobre este particular de la sujeción personal, la solución alcanzada es, básicamente, correcta, frente a la pretensión de la Proposición de Ley (Boletín Oficial del Parlamento de Galicia número 90, de 23 de junio de 1994) en la cual se determinaba la aplicación según los criterios de vecindad administrativa, lo que había sido declarado contrario a las prescripciones del texto constitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 156/1993, que precisa que el criterio de la vecindad civil se comprende dentro de la competencia estatal para resolver los conflictos de leyes.

31

2. Título I y II: Derecho de persona.

De seguido se contiene el Título I, sobre la situación de ausencia no declarada judicialmente, en que, frente al rigorismo del Código civil que requiere, en su artículo 181, el nombramiento por el Juez de un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave, el artículo 6 de la nueva Ley gallega da una correcta solución a la cuestión.

En concreto, en este precepto se permite la representación del ausente, hasta que la situación de ausencia no sea declarada judicialmente y para los actos y negocios de administración que no admitan demora, a cargo del cónyuge no separado legalmente, los descendientes y ascendientes, si bien tal precepto, si se estima, como parece, que incide en la legislación procesal, puede infringir lo dispuesto en el artículo 149/1-6, que lo considera materia reservada en exclusiva al Estado.

Uno de los principales problemas que va a plantear dicho artículo es la configuración en la práctica de los actos y negocios *de administración*, así como también la inclusión, entre los posibles representantes, del separado de hecho tal y como se añade en el artículo 184 del Código civil, que, de modo contrario a la Ley gallega, considera preferentes a los hijos que convivían con el ausente y, en relación con los ascendientes, al de menor edad, lo cual parece un criterio más razonable que el adoptado en nuestro artículo 6 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

En el título siguiente, el II, se regula la Casa y la *Veciña*, lo que, en cambio, no parece que se corresponda con una institución realmente vigente en el ámbito jurídico y social de la Galicia actual pues se trata de la reunión de petrucios de una parroquia para administrar los bienes en mano común, salvo los montes vecinales, que se regirán por su propia legislación, según declara el artículo 10.

32

Precisamente, la excepción de los montes vecinales constituye con carácter básico la única forma de comunidad todavía subsistente en nuestra Comunidad Autónoma para lo que era suficiente la regulación de la Ley autonómica 13/1989, de 10 de octubre, que, por cierto, se encuentra pendiente de decisión del Tribunal Constitucional, ante el cual se encuentran impugnados su artículo 10 y la Disposición adicional tercera por el recurso de inconstitucionalidad 175/1990 promovido por el Presidente del Gobierno, que fue admitido a trámite por Providencia del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 1990, por la cual se acuerda la suspensión de la vigencia y aplicación de la mentada Disposición adicional tercera, manteniéndose dicha suspensión por auto de 3 de julio de 1990.

En cualquier caso no parece, por otra parte, una buena técnica legislativa la inclusión en la Ley 4/1995 de una materia, como ésta de los montes en mano común, que tiene un marco legal autónomo e independiente, lo cual sólo tiene justificación como consecuencia del arrastre histórico mo-

tivado por su específica regulación en la Compilación de 1963, donde, al no existir legislación específica, tenía algún sentido del que, según se ha dicho, carece en la actualidad, todo ello con independencia de que, a mi juicio, incluso, dentro de esta Ley de Derecho Civil, pero derogando la normativa especial, sería oportuno articular un adecuado y completo régimen normativo sobre el particular que, respetando la indivisibilidad de dichos montes, consiga una mayor dinamización de la institución, mediante la correspondiente coordinación de la política autonómica con las previsiones de la C.E.E. en el sector forestal a fin de obtener ayuda financiera, a través de convenientes incentivos económicos a los vecinos, para la explotación de estos montes.

Por lo demás, no sólo la *Veciña*, los Petrucios y la Casa petrucial son instituciones legendarias que están fuera de uso sino que, además, la regulación que se estatuye tiene muy difíciles visos de aplicación como cuando se pretende, en el artículo 12, que si el Presidente no convoca una vez al año a los petrucios, “la veciña se reunirá el 31 de diciembre de cada año, salvo que hubiese costumbre de reunirse otro día”.

Según puede apreciarse, la regulación de este Título II es, ciertamente, deficiente desde el punto de vista técnico-jurídico puesto que no sólo recoge una institución en desuso en nuestra comunidad, aunque ello es opinable, sino que, además, se establece respecto de ella una regulación singularmente vaga y ambigua sin instituir ni la más mínima sanción o consecuencia jurídica derivada del incumplimiento o vulneración de las prescripciones contenidas en el articulado de la Ley, con el agravante añadido de que al tratarse de una institución tan peculiar ni siquiera se puede acudir, como acaece en otras lagunas de la Ley, a la aplicación supletoria de la normativa estatal que, sobre estos extremos, guarda, lógicamente, silencio.

3. Título III y IV: Derechos reales.

En el Título III se reúnen las figuras de comunidad de la Compilación de 1963 sin mayores variantes (aguas de torna a torna o *pilla pillota*, *agra* o *vilar*, *muiños de herdeiros*...) que, como habíamos adelantado, resultan de escasa operatividad en la práctica forense de nuestra Comunidad como ya lo eran entonces, en 1963, y al igual que acaece con el tipo de comunidad que se añade en esta Ley, denominada *cómaro*, *ribazo* o *arró*, siendo, por lo demás, absurdo y hasta ridículo, por evidente, el respeto a la vigente Ley de Aguas estatal que se declara en el artículo 17.

34

Se contiene también en este título, en concreto en los artículos 25 a 29, como novedad, la regulación de la servidumbre de paso, que pone fin a la enorme litigiosidad suscitada por la falta de títulos de constitución, posibilitando su adquisición por la usucapión de 20 años, sin que se prevea la tradicional distinción entre presentes y ausentes, en iguales términos en que se ha inclinado también el artículo 128 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

Ahora bien, al no establecerse el carácter retroactivo de tal disposición, pudiera parecer que queda sin resolver la adquisición de derechos cuando se ha ejercido ya durante esos 20 años el paso por la finca en cuestión, lo que puede solventarse, ante la ausencia de previsión específica, por la aplicación de las previsiones del Código Civil, en cuya virtud, de acuerdo con la mejor interpretación de las Disposiciones transitorias, se impone la irretroactividad.

No obstante, no le faltaban precedentes al legislador gallego para zanjar tal cuestión, evitando posibles incertidumbres, y, así, en la Disposición transitoria décima de la Compilación aragonesa de 1967 se opta por especificar que en el régimen de usucapión de servidumbres “el término se contará a partir del día de su entrada en vigor” mientras que, en cambio, en el País Vasco, la Disposición transitoria cuar-

ta de la Ley del Derecho Civil Foral declara que “la posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la vigencia de esta ley aprovechará al poseedor a efectos de su adquisición por prescripción”.

Asimismo, se regula, en los artículos 30 a 32 de la Ley gallega 4/1995, la *serventía* o servicio, en referencia al paso que se efectúa sobre un terreno que no tenga carácter público y del que no conste el dominio o la identidad individualizada de los que lo utilizan, cualquiera que fuese lo que cada uno de los usuarios o causantes hubiese cedido para su constitución o establecimiento, según sanciona el artículo 30.

La regulación en esta materia es, globalmente, satisfactoria, si bien puede reprochársele al legislador gallego que tan sólo haya regulado la servidumbre de paso, sin aprovechar la oportunidad para disciplinar una normativa general sobre las servidumbres al modo en que lo ha verificado la Ley del Parlamento de Cataluña 13/1990, de 9 de julio, sobre Acción negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad o, también, la Compilación de Navarra, que, igualmente, en las Leyes 393 a 407, contiene una regulación general sobre la constitución, caracteres, contenido, prescripción y extinción de las servidumbres.

En la misma dirección de crítica positiva de la regulación gallega, podría haberse ocupado de dotar de una normativa más adecuada a nuestra realidad agraria, esencialmente minifundista, en materia de servidumbre de luces y vistas, de modo análogo a la disposición contenida en la Compilación de Navarra, cuyas Leyes 403 y 404, se refieren, respectivamente, a las servidumbres de luces y vistas y de huecos para luces o en la citada Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, que tiene normas especiales sobre la de luces y vistas (artículos 25 y 26) y sobre las servidumbres forzosas (artículos 18 a 24), entre las que recoge la de paso, la de acueducto y la de instalación de redes aéreas y conducciones superficiales y subterráneas para conectar con conducciones públicas.

En cualquier caso, al margen de la regulación de la servidumbre de paso, el resto de las figuras incluidas en este Título III muy probablemente se trata de instituciones que o bien han desaparecido o están en trance de desaparición ante el nuevo fenómeno de la concentración parcelaria y la masiva existencia de pistas en nuestra tierra, no obstante lo cual en la Exposición de Motivos de esta Ley 4/1995 se señala lo contrario, constituyendo más bien una declaración de buenas intenciones que una verdadera constatación de la realidad social vivida en Galicia.

36 Así, en concreto, tras advertir que “estamos ante un derecho vivo de Galicia” y que “lejos de la preocupación de cualquier tentación arqueológica-jurídica, la ley pretende regular instituciones válidas para los intereses y necesidades del pueblo gallego”, se añade que “las comunidades de montes vecinales en mano común, las de aguas, las agras y los vilares tienen una regulación específica”.

Asimismo, sin atreverse a tanto, pero en la misma línea, se advierte que “la duda sobre la posible incorporación de una regulación de los *muiños de herdeiros* como una institución viva del derecho gallego llevó a la Ponencia al convencimiento de la oportunidad de su inclusión por cuanto puede tener de interés como elemento de interpretación e integración de un sistema jurídico-civil propio de Galicia”.

A continuación, se especifica que “el título dedicado a las *serventías* ocupa un ancho y largo espacio, ya que las relaciones de vecindad y la propia configuración del sistema agrario gallego así lo aconsejan”.

En cuanto al retracto de graciosa, cuya regulación integra el contenido del Título IV, compuesto por un único artículo, el 34, no parece tener arraigo en el Derecho gallego, y, por ello, resulta, de nuevo, de difícil acomodación al texto constitucional, que en su artículo 149/1-6, declara que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustan-

tivo de las Comunidades Autónomas”, lo que, según se ha dicho, no parece ser el caso.

Con todo, puede tener importante incidencia al permitir que cualquier titular de explotación agrícola o ganadera pueda recuperar, en un plazo de 30 días, y por el mismo precio de adjudicación, la propiedad que le fuera embargada y sometida a subasta pública, lo que trata de evitar la realidad diaria de embargos y adjudicación de fincas por una cantidad muy inferior a su valor real.

Esta figura queda, en fin, restringida para profesionales de la agricultura y sobre bienes de naturaleza rústica, dentro del proceso de ejecución patrimonial, siendo, por otra parte, más adecuada la ubicación sistemática del referido artículo 34 en que se contiene su regulación dentro del resto de preceptos dedicados a los Derechos reales en el Título III en lugar de figurar como artículo único del Título IV.

37

4. Título V y VI: Contratos.

El Título V, que lleva por rúbrica Contratos, comienza con un Capítulo dedicado a los arrendamientos rústicos, en que la legislación se hace ahora más flexible y adaptada a las peculiaridades de Galicia y a la estructura minifundista de las tierras pues se parte del más pleno respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la renta, sin previsiones correctoras y también respecto de la duración, en que no se contempla la posibilidad de la existencia de prórrogas legales, con la excepción del lugar acasariado, en el cual se establece una duración mínima de 5 años, por razones de carácter únicamente económico.

Con tal respeto a la voluntad negocial se pretende satisfacer, como se advertía en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991, una tradicional aspiración de nuestro medio agrario, que es la liberalización del mercado de tierras y la finalización del contínuo descenso de este modo de explotación de la tierra.

No obstante, no deja de ser difícilmente cohonestable tal prevalencia de la libertad de estipulación con una regulación legal más o menos pormenorizada a continuación en los artículos 35 a 49, que, por lo demás, adolecen de ciertas deficiencias fácilmente constatables tales como referirse a la duración del contrato en dos preceptos seguidos, los artículos 39 y 40, en lugar de constituir esta materia un único precepto, tal y como sucede, por ejemplo, con el artículo 25 de la Ley estatal.

38

En todo caso, la mentada primacía de la autonomía de la voluntad resulta un principio básico en el ámbito actual de los arrendamientos rústicos ante el difícil reto de la integración en la Unión Europea y, así, en esta misma línea, se sitúa la Ley estatal 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias publicada en el Boletín Oficial del Estado número 159, de 5 de julio, lo cual, en último término, resta buena parte de la singularidad que suponía la normativa gallega recientemente aprobada.

Sobre este particular, en la Exposición de Motivos de esta Ley estatal 19/1995 se dice, en concreto, que “por lo que respecta al arrendamiento de tierras, se pretende superar la rigidez actual del mercado mediante la modificación de los plazos y prórrogas previstos en la normativa vigente. La reducción de la duración mínima de los arrendamientos es más acorde con la frecuencia con que se vienen produciendo los cambios en la agricultura actual y puede permitir un sustancial incremento en la oferta de tierras a arrendar, así como un mercado más ágil y abierto”.

Con tal orientación, en el artículo 28 de dicha normativa sobre la modernización de las explotaciones agrarias se establece, para los contratos de arrendamiento rústico que se celebren con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, la duración mínima de los contratos en cinco años, suprimiéndose las prórrogas legales del artículo 25 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, “con la finalidad de conseguir una mayor movilidad en el

mercado de la tierra”, según se confiesa en la Exposición de Motivos.

En igual línea, el siguiente precepto, el 29, establece la concesión de incentivos económicos al arrendador cuando el contrato contemple una duración igual o superior a ocho años, siempre que el arrendamiento se destine a la constitución o consolidación de explotaciones prioritarias.

Una vez expuesta la materia relativa a los arrendamientos rústicos y a la coincidencia de su regulación, en el tiempo y en el espíritu, con la reciente Ley estatal, continuamos con el análisis de la Ley gallega 4/1995, en cuyo capítulo II de este Título V a que venimos haciendo mención, se regula, con el mismo criterio de la normativa compilada en 1963, la aparcería en sus distintas modalidades tradicionales, agrícola (artículos 68 a 70), del lugar acasariado (artículos 71 a 78), pecuaria (artículos 79 a 88) y forestal, en que se consagra, en el primero de sus preceptos, el artículo 89, el principio parciario.

La regulación de los mentados tipos de aparcería se encuentra precedida por una Sección 1.^a (artículos 57 a 67) en que se contienen las Disposiciones Generales con la reiteración de algunos defectos de carácter sistemático, como aludir a la duración del contrato, de nuevo, en dos preceptos, si bien en esta ocasión bastante distantes, artículos 59 y 62, siendo, por último, de resaltar el establecimiento expreso, en el artículo 57, de la prevalencia de los usos y costumbres locales sobre las normas de todo el Capítulo II en términos ya expuestos con anterioridad.

En el último de los capítulos de este Título V, artículos 95 a 99, se introduce, como novedad, basada en los usos tradicionales y la nueva realidad, el vitalicio, por el cual, según sanciona el artículo 95, una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista, dándose en su nueva regulación solución al problema de la rescisión ne-

gocial y consiguiente devolución de bienes así como indemnización de gastos ocasionados (artículo 99).

La inclusión de tal contrato del vitalicio, que no se reguló en la Compilación de 1963, debe de aplaudirse pues responde, en efecto, a una auténtica necesidad sentida en nuestra tierra para dar una adecuada solución a los problemas derivados de la proliferación de situaciones de desamparo y soledad derivadas del progresivo envejecimiento de la población campesina, según, expresamente, se ponía de relieve en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991.

Ahora bien, la terminología empleada dista mucho del cuidado que se debía exigir en la materia y, así, mientras que en el artículo 95, según se ha adelantado, se alude al “*alimentista*” como la parte contractual obligada a la cesión o entrega de bienes, lo que se reitera en el artículo 97, sin embargo, a continuación, en el artículo 98, se hace mención del “*cesionario*”, que, a lo que parece, es el otro contratante, el que está obligado a prestar alimentos, apareciendo en el último de los preceptos del Capítulo, el artículo 99, la nueva denominación de “*cedente*” para aludir al que anteriormente se denominó alimentista, quien cede o entrega los bienes.

Incluso, en este artículo 99/1 se compatibilizan todas las denominaciones posibles, alimentista frente a cesionario y también “cedente” o “perceptor” de la prestación alimenticia frente a “obligado a prestar alimentos”, todo ello, por supuesto, sin que en ninguno de los preceptos de la Ley dedicados al vitalicio se especifiquen de modo concreto las partes contractuales y su denominación, a salvo el contenido anteriormente transcrito del artículo 95, constituyendo, en cualquier caso, un verdadero caos terminológico entremezclar, y hasta yuxtaponer, tales expresiones, como se ha hecho, de modo indiscriminado y sin ningún criterio firme y claro formado al respecto.

De seguido, en el Título VI, se mantiene la regulación de la compañía familiar gallega, artículos 100 a 111, en términos

análogos a los ya recogidos en 1963, constituyéndose, según declara el artículo 100/1, entre labriegos con vínculo de parentesco, para vivir juntos y explotar en común tierras, lugar acasado o explotaciones pecuarias, y, lo cual es altamente pintoresco “de cualquiera de los modos o formas admitidos en derecho” (artículo 100/2), no haciendo falta a estas alturas del trabajo reiterar la escasa vigencia en la actualidad de esta legendaria institución, al menos, en el ámbito urbano.

Por otra parte, la regulación de esta institución debía de figurar, dada su naturaleza jurídica contractual, dentro del Título V referido precisamente a los contratos en lugar de constituir por sí sólo un Título independiente, siendo, ciertamente, peculiar incluir, dentro del Capítulo II, que lleva por rúbrica “De la administración de la compañía” los artículos 106 a 109 referidos a su modificación y, lo que es más pintoresco, a su extinción, lo que sólo se explica por constituir una reiteración, *mutatis mutandi*, de los artículos 53 a 56 de la Compilación de 1963 que, también referidos a la modificación y extinción, figuraban bajo una Sección que llevaba igual rúbrica.

De nuevo, el legislador gallego se ve en la obligación de justificar la inclusión de una regulación pormenorizada de determinadas instituciones que, en la realidad vivida, tienen, como ya adelantamos, escasa vigencia.

Así, en la Exposición de Motivos se señala que, no sólo el arrendamiento sino también la aparcería y el lugar acasado “tienen hoy una excelente vitalidad, lo que aconseja su regulación por medio de la presente ley”, lo cual, cuando menos, resulta un tanto arriesgado suscribir, añadiendo también que “instituciones como el vitalicio, tan vivo en la realidad social gallega, alcanzan ahora un estatuto jurídico que las circunstancias de nuestro tiempo reclaman”, lo que, asimismo, con ser más cercano a la realidad, resulta, dicho así en tales términos, un tanto exagerado.

Para concluir esta sección referida a los contratos, simplemente destacar que llama la atención de cualquier obser-

vador jurídico que mientras que algunos de los preceptos aparecen subordinados por letras alfabéticas, y así acaece con los artículos 60 y 106, éste último sobre la Compañía familiar gallega, en cambio otros preceptos, la mayoría, como los artículos 46, 61, 63, 76, 85, 91, 92 y 93, o, también sobre la Compañía, 103 y 105, se dividen internamente por números.

5. Título VII: Derecho de familia.

El Título que se dedica al Régimen económico familiar, consta de tres breves capítulos, en los cuales, en el primero de ellos, se parte del principio de autonomía de la voluntad a la hora de convenir el régimen económico más conveniente en capitulaciones matrimoniales y de la supletoriedad de la sociedad de gananciales (artículo 112).

42 A continuación se ubican los otros dos capítulos que versan, respectivamente, sobre el contenido de las capitulaciones, que pueden otorgarse o modificarse antes o durante el matrimonio, siempre en escritura pública o, como especialidad, en transacción judicial que ponga fin a cualquier procedimiento de separación, divorcio o nulidad (artículo 113) y de las donaciones matrimoniales, comprensivo, en contra de su propia denominación, de las que se hacen *después de celebrado* (artículos 114 a 116), sin mayores especificidades que requieran de un comentario más detallado por nuestra parte.

6. Título VIII: Sucesiones.

En materia sucesoria se contiene la mayor aportación del Derecho civil de Galicia con el más completo contenido, sobre la base de nuestra tradición jurídica, como el Derecho de labrar y poseer, el usufructo universal de viudedad o la delegación de la facultad de mejorar, y con introducción de verdaderas novedades realmente vividas en la práctica nota-

rial actual, como las normas de la partición o del testamento abierto y las legítimas, todo ello sobre la misma idea motriz de conservar la casa familiar y de lograr la mayor posible estabilidad patrimonial de la familia.

Así, en esta nueva Ley se contiene una pormenorizada regulación del régimen sucesorio que definitivamente contempla las especialidades propias del Derecho civil de Galicia frente al Derecho contenido en el Código civil que devino incompatible con buena parte de la realidad gallega por más que en la actualidad un gran porcentaje de tales pretendidas novedades, al igual que sucedió con la regulación prevista en materia de arrendamientos, no constituyan mayor especialidad frente a la regulación común.

En efecto, la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y del joven agricultor (publicada en el Boletín Oficial del Estado número 9, de 11 de enero de 1982) admite ya el testamento mancomunado e, igualmente, en el Código civil, a consecuencia de la reforma operada por la Ley 11/1981, que modifica el mentado cuerpo legal en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se acepta en general en testamento la delegación de la facultad de mejorar, en el artículo 831, así como también el pago en metálico de la legítima en el artículo 841 y se declara la validez expresa del legado de cosa ganancial en los artículos 1.379 y 1.380.

En todo caso, en la Ley gallega 4/1995 se admite el usufructo universal del cónyuge viudo (artículos 118 a 127), muy difícil de configurar de conformidad con lo dispuesto en el Código civil por el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima de los herederos forzosos, con la excepción contemplada en el número 3 del artículo 820 de este último cuerpo legal.

Igualmente, en la ley gallega se encuentran regulados con mucha amplitud los pactos sucesorios (artículos 118 a 135) como instrumento adecuado para dotar de irrevocabilidad al usufructo voluntario vidual, universal o en parte, el pacto de

mejora, según la tradicional de labrar y poseer u otra, así como la figura del apartamento o apartación, que constituye un auténtico pacto sucesorio sobre la legítima, que son imposibles en el Derecho español por la ya adelantada prohibición general del Código civil contenida en el artículo 1.271.

En concreto, en la regulación de los pactos de mejora, la delegación de la facultad de mejorar ya admitida por el Código civil tras la reforma producida en su artículo 831 en 1981 o la promesa de mejorar a que se refiere el artículo 826 se regula con el único límite de la legítima estricta, permitiéndose a los herederos disfrutar de la herencia en vida de sus ascendientes, quienes, a su vez, pueden garantizar que un patrimonio, urbano o rural, quede sin dividir.

Por lo demás, se continúa admitiendo, en el artículo 130, la clásica mejora tácita gallega integrada en el derecho de labrar y poseer mediante el que el ascendiente que quiere conservar indiviso un lugar o una explotación agrícola podrá pactar su adjudicación íntegra a cualquiera de sus hijos o descendientes, por acto *inter vivos*, con carácter irrevocable, o *mortis causa*, entendiéndose que, si el testamento no dispone otra cosa, la mentada adjudicación implica una mejora tácita en las siete quinceavas partes de la herencia.

En cuanto al Apartamento, consiste en la entrega anticipada por el causante al heredero forzoso, en vida, de su cuota hereditaria, quedando totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse, según reza el artículo 134/1.

Tanto los pactos de mejora como el apartamento permiten a una persona repartir su legado en vida, dejando el patrimonio, rural o urbano, sin dividir en manos de un hijo y otorgando a los restantes, en metálico u otros bienes, la parte legítima.

Igualmente, frente a la prohibición general del testamento mancomunado del Código civil, con escasas excepciones, como determinados supuestos de explotaciones agrarias, se

admite a los cónyuges gallegos otorgar testamento en un mismo instrumento en el artículo 137, lo cual supone dar una adecuada respuesta legislativa al hecho de que la inmensa mayoría de los testamentos otorgados individualmente por los cónyuges gallegos tienen idéntico contenido.

Se pretende con ello evitar a los esposos la carga de hacer en el despacho del notario dos documentos idénticos si bien cumple advertir que es una posibilidad reservada tan sólo a los matrimonios en lugar de abrirse a parejas de hecho u otro tipo de parentescos, como ocurre en derechos civiles de otras autonomías (así, en Navarra, la Ley 199 de su Fuero Nuevo dispone que “es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas”).

En su regulación se prevé, en el artículo 139, que consten en el testamento mancomunado disposiciones testamentarias condicionadas recíprocamente, revocables de forma mancomunada o unilateral por un cónyuge en vida de otro e irrevocables tras el fallecimiento de uno de ellos, según sanciona con toda claridad el artículo 140, con lo cual se pretende evitar la posibilidad de alterar la posible equivalencia de dichas disposiciones.

Asimismo, y frente al carácter personalísimo del testamento que le confiere el Código civil, en el Derecho civil de Galicia se admite el testamento por Comisario en unos términos bastante análogos a los previstos en el derecho español respecto de la delegación de la facultad de mejorar.

En el Código civil sólo se permite la intervención del Comisario para las operaciones particionales, mientras que, en cambio, en el artículo 141 de la Ley gallega se autoriza al cónyuge no testador para distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, lo cual, sin embargo, constituye una reiteración del artículo 831 del Código, si bien bajo la equívoca —y errónea— denominación de testamento por comisario a lo que, en realidad, es una simple delegación de la facultad de mejorar a favor del viudo o viuda ya contenida en el Código, lo que,

según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es indicativo de una defectuosa y peligrosa técnica legislativa (Sentencia, por todas, del Pleno del Tribunal Constitucional 62/1991, de 22 de marzo, sobre el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario).

Por último, se regula la partición, tanto conjunta por ambos cónyuges, aun cuando testasen por separado (artículo 157/2), con la posibilidad de adjudicar a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias, aunque sea legitimario, bienes de un sólo causante (artículo 158/2) y de que actúe como partidor el cónyuge viudo al que se le asigne un usufructo universal (artículo 159/2), lo que no es admitido, según se ha dicho, en el Código civil.

46 Desde una perspectiva de ordenación sistemática y formal de este Título VIII, sobre las sucesiones, ha de resaltarse la repetición absoluta de los artículos 134 y 135 que figuran en la sección 4.^a, “De las apartaciones”, del capítulo II, “De los pactos sucesorios”, que se reproducen en sus mismos términos en los artículos 155 y 156 con que comienza el capítulo VI, “De las partijas”, así como también es defectuosa la reiteración de la renuncia del usufructo en el número 2 del artículo 119 y en el artículo 126.

Por lo demás, se introduce como novedad en el capítulo V relativo a la sucesión intestada la posibilidad de la sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículos 153 y 154), lo que se sitúa en la misma dirección que la reciente Ley 4/1995, de 29 de marzo, de modificación de la Compilación del derecho civil de Aragón y de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de sucesión intestada (Boletín Oficial de Aragón número 43, de 10 de abril de 1995 y Boletín Oficial del Estado número 101, de 28 del mismo mes y año) y, en cualquier caso, se compadece con la propia estructuración institucional del Estado Autonómico, con lo que finalizamos este ya largo repaso por las instituciones comprendidas en la vigente Ley de Derecho civil gallego.

IV. Consideraciones conclusivas

La Ley 4/1995, de 24 de mayo, supone un acontecimiento histórico de primera magnitud en el ámbito del Derecho civil gallego puesto que el texto legal por el que, básicamente, se regía, la Compilación de 2 de diciembre de 1963, que era una norma estatal, desfasada y apendicular, fue sustituida por esta amplia Ley emanada, por vez primera en nuestra historia, de las instituciones legislativas propiamente gallegas, fruto de una propuesta conjunta de todos los grupos con representación parlamentaria en Galicia, lo que, sobre todo en los momentos actuales, debe de ser destacado positivamente.

Hasta ahora nuestro derecho privado, en lo que se oponía al Código civil, subsistía fundamentalmente como simple costumbre, más o menos camuflado en la práctica notarial, a través de ingeniosas fórmulas, si bien, los nuevos cauces parlamentarios sancionados por la Constitución y asumidos en el Estatuto de Autonomía gallego, permitieron, a través de esta Ley, conservar, potenciar y desarrollar el derecho específico agrario y sucesorio de Galicia, de acuerdo con la realidad social de los tiempos actuales.

Por lo que se refiere a su contenido concreto, en esta nueva Ley de Derecho civil de Galicia se conservan las instituciones de la vieja Compilación de 1963, salvo la del foro, ya derogada por Ley autonómica de 1987, complementándose por diversas novedades surgidas de la costumbre gallega o del nuevo marco de la vida social y jurídica gallega, todo ello pretendiendo sustentarse en la conexión con las instituciones tradicionales recientemente admitida en la doctrina del Pleno del Tribunal Constitucional representada por las varias veces citadas sentencias 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo, así como también, incluso, en menor medida, por la sentencia 182/1992, de 16 de noviembre, única a la que alude la Exposición de Motivos de la Ley gallega.

Se evidencia con ambos aspectos la tensión existente en nuestra Comunidad Autónoma entre la necesidad de conservar figuras jurídicas del derecho histórico gallego de carácter mitológico, etnográfico y legendario y con escasa efectividad real y la inclusión, no menos necesaria, desde luego, del conjunto de las nuevas figuras que demanda la realidad social y jurídica actual de Galicia, que si bien parten de una primera raigambre consuetudinaria, tienen, empero, su valor fundamental en la práctica notarial.

48

En efecto, en la presente Ley existen numerosas instituciones que tienen un indudable carácter antropológico (*a veciña*, el *cómaro*, la compañía familiar gallega...) pero que el legislador gallego ha querido conservar en esta nueva Ley en un afán de contemplar e incluir todas las posibilidades que se puedan producir en la realidad gallega, aun cuando no sean muy frecuentes e, incluso, como “elemento de interpretación e integración de un sistema jurídico-civil propio de Galicia”, tal y como se justifica en la Exposición de Motivos la incorporación de la regulación de los *muiños de herdeiros*.

Ahora bien, frente a este arraigo en el pasado histórico, no cabe duda de que el mismo legislador también se propone superar las carencias legislativas que nuestro Derecho propio ha venido sufriendo en instituciones que ciertamente han afectado de manera directa a la realidad social de la Comunidad Autónoma de Galicia, como sucede con el tratamiento de los arrendamientos rústicos, la regulación del contrato de vitalicio o la posibilidad de adquisición de la servidumbre de paso por la usucapión de 20 años, así como, por supuesto, el nuevo régimen sucesorio expuesto en las páginas precedentes.

En el fondo de todo, la razón justificativa de esta dualidad radica en que, según se adelantó al comienzo del presente trabajo, esta Ley gallega 4/1995 supone una integración de las instituciones y criterios contenidos en dos textos, publicados ambos en el número 184, de 1992, de la revista *Foro Galego*.

Los dos Proyectos de que venimos hablando proceden, uno, de la Comisión no permanente de Derecho Civil gallego que se constituyó el 9 de mayo de 1988 por un grupo de expertos coordinados por Pablo Sande García, quienes presentan una propuesta legislativa el 22 de marzo de 1991 al Parlamento, mientras que el otro texto es un Informe-Trabajo presentado por el *Consello da Cultura Galega*, cuya Comisión de Derecho preside José Antonio García Caridad, que, igualmente, eleva su propuesta parlamentaria el 11 de julio del mismo año 1991, siendo la nota de mayor discrepancia entre ambos planteamientos, posiblemente, el valor y el orden jerárquico de la costumbre como fuente normativa así como la desaparición o no de las instituciones tradicionales escasamente usadas en la práctica (*veciña, muiños de herdeiros, agras o vilares, compañía familiar, cómaro, ribazo o arró, aguas de torna a torna o pilla pillota...*), con lo cual damos finalmente por concluida esta somera —y, por ello, lógicamente, incompleta— aproximación al contenido de la nueva Ley de Derecho civil de Galicia, que, como se ha destacado, constituye un paso más, de singular relevancia, en la recuperación de los signos de identidad de la Comunidad Autónoma de Galicia como pueblo.

ABUSO O TIRANIA

Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima*

EDUARDO POLO

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Barcelona*

SUMARIO: **I.** LA DIALÉCTICA ENTRE MAYORÍA Y MINORÍA, AL MARGEN DE LOS GRANDES PROBLEMAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. **II.** EL ABUSO DE LA MAYORÍA. **1.** El poder de la mayoría. **2.** Límites al poder mayoritario y a su abuso. **A)** Límites derivados de la ley y los estatutos sociales. **B)** Límites de Derecho societario: la lesión, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, de los intereses de la sociedad. **C)** El correlativo perjuicio de uno o varios accionistas y los límites de Derecho común: el abuso de derecho o su ejercicio antisocial. **3.** La tutela de la minoría como

* Ensayo escrito para los *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. AURELIO MENÉNDEZ*.

freno al poder de la mayoría: su insuficiencia en la sociedad anónima abierta. **III. LA TIRANÍA DE LA MINORÍA.** **1.** La ausencia de límites societarios expresos al ejercicio de sus derechos corporativos por la minoría y el límite común del abuso de derecho. **2.** La rigidez y exigüidad del capital exigido para la atribución de los derechos de la minoría: su riesgo en la pequeña sociedad anónima. **IV. LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DE MINORÍA VARIABLE Y DECRECIENTE COMO UNA POSIBLE GARANTÍA DE EQUILIBRIO ENTRE MAYORÍA Y MINORÍA.**

I. La dialéctica entre mayoría y minoría, al margen de los grandes problemas de la sociedad anónima

En la gran discusión abierta desde hace tantos años sobre la cuestión de la configuración corporativa y orgánica de la sociedad anónima no han faltado nunca alusiones o referencias a la dialéctica entre mayoría y minoría en la formación de la voluntad social y en el ejercicio de los derechos individuales y corporativos atribuidos a los accionistas. Sin embargo, entre los grandes problemas de la sociedad anónima o en la sociedad anónima como problema —los tipos abiertos o cerrados, su posible subdivisión y su enfrentamiento a la sociedad de responsabilidad limitada, la configuración corporativa y la estructura orgánica de la sociedad, el acceso de los trabajadores a los órganos de dirección, etc.—, las cuestiones que plantea el abuso de la mayoría o la tiranía de la minoría no han recibido el tratamiento político y técnico que acaso merecen ni, me atrevería a afirmar, se ha intentado su encuadramiento en la cuestión corporativa e incluso tipológica a la que también indudablemente pertenecen.

Ciertamente, podrá decirse que los problemas derivados del abuso de la mayoría o de la tiranía de la minoría constituyen cuestiones que surgen “puntualmente” en otras cuestiones mayores, como la impugnación de los acuerdos de los órganos sociales y la definición del interés social, las modificaciones estatutarias –sobre todo las que afectan a la estructura patrimonial de la sociedad–, el nombramiento y cese de administradores, el ejercicio frente a ellos de la acción social de responsabilidad, o menores, como cualquier otro supuesto que plantee una situación de conflicto de intereses, uno de los supuestos paradigmáticos de enfrentamiento entre mayoría y minoría, cuya resolución en nuestra Ley continúa siendo otra de sus asignaturas pendientes en perjuicio de un más adecuado tratamiento de la dialéctica entre la mayoría y la minoría. Se trataría, en definitiva, de problemas indudablemente más “prácticos” que dogmáticos que se han de resolver casuísticamente en los tribunales, ya que muchas veces se limitan a meras cuestiones de prueba o de contabilización de votos y porcentajes.

53

Aun admitiendo, sin embargo, la –sin duda parcial– realidad de este planteamiento, no es menos cierto que la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima va mucho más lejos que lo que puede permitir la anterior y simplista visión. La tutela de la minoría frente al abuso de la mayoría o la protección de ésta frente a la tiranía de aquélla no sólo se trata de uno de los diarios conflictos sociales que la práctica plantea, sino que constituye también una cuestión de política y de técnica legislativa que nuestras leyes –acaso por no constituir uno de aquellos “grandes” problemas de la sociedad anónima– no siempre han abordado en su plenitud o, por lo menos, desde todas las vertientes posibles.

Si, de un lado, se adivina claramente la intención de nuestro legislador en su propósito de introducir unos precisos límites al abuso de su poder por la mayoría –no todos los necesarios–, y establecer unas rígidas reglas para tutelar

a la minoría –tan rígidas que, en determinados casos, lejos de ser eficaces, a quien protegen es a la mayoría–, no es posible, en cambio, advertir en nuestro Derecho de sociedades –sin duda por no haberla juzgado necesaria el legislador– la más mínima norma de defensa de la mayoría frente a la eventual tiranía de la minoría. Y si ello es así –y comprobar hasta qué punto es el objetivo de estas modestas reflexiones– es precisamente porque ha faltado en el tratamiento del problema un planteamiento lo suficientemente comprensivo y abierto que incardine también la cuestión en la más amplia de los diferentes tipos o “subtipos” sociales que conviven bajo la vestidura única de la Ley de Sociedades Anónimas y que la aleje, a su vez, del clásico maniqueísmo con que frecuentemente se suele contemplar el enfrentamiento entre la mayoría y la minoría.

54

En efecto, no falta en nuestros planteamientos jurisprudenciales y, sobre todo, doctrinales una preocupación, que no dudaría en calificar de bienintencionada y constante, por la tutela de la minoría frente al abuso de la mayoría, que, ante ciertas carencias de nuestra Ley de Sociedades Anónimas, ha llevado a algunos sectores hasta el límite de forzar interpretaciones analógicas que no son posibles en las normas restrictivas. Pero es obligado constatar, aunque sólo con relativa sorpresa, que se ha prestado mucha menor atención, en cambio, a la tiranía de la minoría sobre el poder de decisión de la mayoría, dando poco menos que por supuesto que el interés de la primera es, siempre o casi siempre, un interés legítimo e ignorando, no ya el posible interés ilegítimo –o extrasocial– de la misma, sino asimismo los supuestos –enormemente frecuentes en la práctica– en que no cabe descartar *a priori* la plena legitimidad de ninguno de los intereses en conflicto.

También se olvida, de otra parte, que el conflicto entre mayoría y minoría o la dialéctica entre el abuso de una y la tiranía de otra, no sólo no responde a un único esquema de controversia, sino que puede adoptar muchos y variados

perfiles en función del tipo o “subtipo” social propio y su vocación en acudir al mercado de capitales para su financiación. Obviamente, no son iguales –ni se presentan en idénticos términos– los conflictos entre grupos compactos y definidos de socios –mayoritarios y minoritarios– que los enfrentamientos de socios o minorías aislados que, como consecuencia de su común disidencia, quedan agrupados formal o idealmente frente a una mayoría, que, a su vez, también puede ser ocasional u organizada. Como tampoco se presentan unos y otros de igual forma en una sociedad anónima abierta que negocia sus acciones en la Bolsa, cuyos accionistas se desconocen e ignoran y con consejos de administración que ostentan mayorías estables aunque con demasiada frecuencia de hecho, que en una sociedad anónima cerrada, en la que todos los socios tienen un conocimiento exhaustivo –excesivo, diría yo– de los demás y cuyos administradores –incluso cuando se trata de técnicos no accionistas– suelen venir sustentados por sólidas mayorías de derecho.

55

Los conflictos entre mayorías y minorías estables suelen venir de la mano de la presencia –originaria o sobrevenida– de grupos predefinidos de socios en los que, frecuentemente, el grupo minoritario –persiga o no alcanzar una posición de control de la compañía– posee una indudable *affectio societatis* y pretende efectuar un control de la administración y dirección de la sociedad en manos del grupo mayoritario. Se trata, por lo general, de conflictos basados en la sustentación de criterios y puntos de vista distintos –cuando no enteramente contrapuestos– sobre la orientación y la marcha de la sociedad y, muy a menudo, sobre la manera de atender sus exigencias de financiación recurriendo a los propios socios o a la entrada de nuevos accionistas. Son conflictos más típicos de las sociedades anónimas pequeñas o cerradas y suelen presentarse no sólo en el seno de la junta general, sino también en el de su órgano de administración, en cuyo consejo los minoritarios acaso tienen sentado a un miembro

elegido por el sistema de representación proporcional. Ello no excluye que tales conflictos entre grupos definidos de socios puedan presentarse asimismo, con perfiles propios y distintos, en las grandes sociedades con grupos minoritarios fuertes –lo suficiente para que uno de ellos ostente una mayoría de hecho– cuyo objetivo no suele ser otro que el de disputarse el control de la compañía.

56 Los conflictos, en cambio, entre uno o varios socios minoritarios aislados y la mayoría que –de hecho o de derecho– ostenta el control de la sociedad, son conflictos que suelen presentarse de igual forma en grandes y pequeñas sociedades, aunque con efectos y consecuencias radicalmente distintas en unas y otras. Mientras que en las grandes sociedades cuyas acciones cotizan en Bolsa la defensa de estas minorías aisladas u ocasionales se presenta gravemente problemática ante la práctica imposibilidad de alcanzar sus acciones los porcentajes –proporcionalmente muy elevados– requeridos por la Ley para el ejercicio de los derechos atribuidos corporativamente a la minoría –lo que va a dar origen al nacimiento de las asociaciones de protección o defensa de los accionistas y a la preconstitución de grupos organizados de accionistas minoritarios cuyo único interés común es meramente defensivo–, en las sociedades cerradas la escasa importancia relativa de aquellos porcentajes puede convertirse en un peligroso instrumento de extorsión por parte de minorías y socios tiranos y, en ocasiones, poco escrupulosos que entorpecen sistemáticamente la marcha de la sociedad con fines egoístas e incluso extrasociales –no siempre pueden calificarse de antisociales– que pueden poner en peligro su continuidad.

Es en este contexto, extremadamente variado y problemático en función de los muy diversos intereses que pueden enfrentarse en los diferentes tipos de sociedad anónima, en el que hay que situar el propósito de estas reflexiones, carente de ambiciones dogmáticas y conceptuales y de cualquier pretensión de exhaustividad, pero que no renuncia por

ello a tratar de situar el problema en las coordenadas corporativas y de política legislativa en las que, a mi juicio, es preciso ubicarlo. Otra cosa será que alguna de sus posibles soluciones deba llegar a través de caminos más prácticos y de la mano correctora de la técnica jurídica.

II. El abuso de la mayoría

1. El poder de la mayoría.

Es sabido que los poderes de la sociedad anónima se estructuran sobre los moldes de la democracia liberal aplicados a la naturaleza capitalista de la sociedad anónima, de tal forma que a una acción corresponde un voto y la mayoría de éstos en el seno de la junta general representa la voluntad de la sociedad en el ámbito de sus competencias. La mayoría nombra y cesa a los administradores, decide sobre su gestión y la marcha de la sociedad, modifica sus estatutos y aprueba las modificaciones estructurales de la misma. En contraste con las sociedades personalistas, en las sociedades de capital y, singularmente, en la sociedad anónima no cabe en ningún caso la regla de la unanimidad, que otorgaría la posibilidad indiscriminada de un derecho de veto y podría comprometer gravemente el futuro de la sociedad debido a la imposibilidad de su funcionamiento por paralización de los órganos sociales. Pero, además, la mayoría no sólo se forma con los votos de los accionistas presentes en la junta, sino asimismo, y pese a algunos tímidos intentos legislativos y a las conocidas restricciones legales, con los de las accionistas ausentes que han delegado su voto.

No menos conocido es que la estructura de la sociedad anónima —la *máquina jurídica*, se llegó a afirmar por un ilustre maestro— constituye un mecanismo de poder de la mayoría construido sobre el voto, preciosa conquista del

liberalismo que, si pudo decirse que entró en crisis con la propia crisis de la sociedad anónima (reconocimiento de las acciones sin voto), ha salido de ella, sin embargo, incólume y aún reforzado, haciendo ceder el terreno, uno tras otro, a aquellos otros instrumentos (consentimiento de los accionistas, derecho de separación) predispuestos por la Ley frente al poder de la mayoría para proteger lo que se consideraban derechos inderogables de los accionistas (derecho de suscripción preferente) o para impedir la alteración de lo que la doctrina francesa denominó “bases esenciales de la sociedad” (fusión, escisión).

58

El derecho igualitario de voto, cuya consagración legislativa contribuyó a la desaparición de los grupos de socios “principales” y a la configuración liberal-democrática de la sociedad anónima, sirve hoy día, en nombre de los mismos principios que lo inspiraron, al asentamiento del poder de las mayorías y a la concentración de su poder. No importa que el derecho de voto y, sobre todo, el conjunto de derechos construido sobre él constituyan un instrumento de protección del accionista individual, porque el voto, en su misma esencia, constituye el pilar básico donde se asienta el poder de las mayorías y su arma fundamental.

La soberanía de la junta —hemos afirmado los mercantilistas con frecuencia— se ha trasladado al órgano de administración y éste la ha cedido a su vez a los órganos o cargos delegados, pero si esta concentración de poder ha sido posible es merced no sólo al capital —lo que suele acontecer en las sociedades cerradas—, sino a los votos, tanto a los “prestados” y los propios —los menos—, cuanto a los despreciados por las verdaderas mayorías —los más—, e incluso a los que potencialmente puedan suprimirse en una clase de acciones, ya que el absentismo de aquéllos y la desaparición de éstos favorece directamente los intereses de una mayoría preestablecida que inexorablemente recuerda la de las viejas compañías anteriores a la normativización de la sociedad anónima.

Las recientes manifestaciones de reconocimiento de la soberanía de la junta no suponen, desde el anterior punto de vista, una conquista o una devolución de sus poderes al órgano supremo de la sociedad, sino que, en cuanto implican un mayor sometimiento de los socios disidentes al poder mayoritario, cabe afirmar que confirman, una vez más, aquella tendencia constante e invariable en la evolución de la sociedad anónima: el desplazamiento de sus centros de poder y su concentración en núcleos cada vez más reducidos, aunque sustentados, eso sí, por una sólida y poderosa mayoría, de derecho o de hecho, a tenor —claro está— de lo que permitan las dimensiones de la sociedad y el anonimato y la dispersión de sus accionistas.

2. Límites al poder mayoritario y a su abuso.

A) *Límites derivados de la ley y los estatutos sociales.*

59

El poder de esta mayoría no es, sin embargo, omnímodo. Aunque el art. 93 de nuestra Ley proclame en su primer apartado el principio mayoritario y consagre en el segundo el sometimiento de los ausentes y disidentes a los acuerdos de la junta general —y, por tanto, al poder de la mayoría—, la sumisión del accionista a los acuerdos mayoritarios ni es absoluta, al reconocerse determinadas excepciones, ni supone tampoco un sometimiento incondicional, en cuanto los acuerdos deben respetar no sólo la ley y los estatutos, sino inspirarse asimismo en el interés social (art. 115.1 LSA). La Ley, en efecto, ha dispuesto de una serie de límites que tratan no sólo de asegurar la corrección en el ejercicio de su poder por la mayoría (validez material y regularidad formal de sus acuerdos) e impedir sus abusos (respeto de los intereses sociales), sino también proteger de una manera más directa los intereses de todos los socios estableciendo una serie de excepciones al principio de sumisión del accionista al principio mayoritario.

De un lado, a través de la concesión, cada vez más restringida, del derecho de separación del accionista por alteración de las bases esenciales de la sociedad (ceñido ahora a la sustitución del objeto social, al traslado del domicilio social al extranjero y a la transformación de la sociedad en compañía colectiva o comanditaria) o mediante el no sometimiento temporal al acuerdo del accionista disidente (introducción de cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones nominativas). De otro, estableciendo la necesidad de la aquiescencia del interesado o de la unanimidad para la adopción de determinados acuerdos (los que impliquen nuevas obligaciones para los accionistas o la fusión por absorción o creación de nueva sociedad personalista), por más que en estos últimos supuestos, más que una ausencia de sumisión al acuerdo mayoritario, se trate de una distinta manera de formación del acuerdo que limita directamente el poder de decisión de la mayoría (como igualmente sucede con la modificación de los derechos de una clase especial de acciones, que requiere también el acuerdo de la mayoría de las acciones afectadas).

Tampoco es posible entrar, en esta sede, en aquellos límites que atienden a la regularidad formal en la convocatoria y constitución de la junta general y en la adopción de sus acuerdos, así como a su propia competencia en función de la distribución de poderes entre órganos. Se trata, en definitiva, de limitaciones legales y estatutarias que afectan a la propia capacidad y competencia de la junta general para adoptar acuerdos válidos y cuyo tratamiento nos llevaría muy lejos del objetivo propuesto. Como igualmente sucede, y en mucha mayor medida, con aquellos otros límites que afectan a la validez material de los acuerdos por resultar su contenido intrínseco contrario a la ley u oponerse a los estatutos sociales.

Unos y otros constituyen el marco de la legalidad, imperativa o voluntaria, cuya violación permite la impugnación del acuerdo, si bien dentro de ellos adquieren una especial

trascendencia aquellos frenos que la Ley –y, en su caso, los estatutos sociales– oponen directamente al poder mayoritario al establecer no tanto los derechos individuales de los socios cuanto sus derechos corporativos, atribuidos precisamente a las minorías que ostenten determinados porcentajes en el capital de la sociedad como medio de defensa frente al poder de la mayoría. Pero este es un tema que requiere atención separada.

Se echan, en cambio, de menos en nuestra Ley ciertos mecanismos habituales en el Derecho comparado –y desde hace muy poco también en nuestras sociedades de responsabilidad limitada– dirigidos, entre otros fines, a impedir que las mayorías usen en beneficio propio de su poder. A este respecto es sabido que la regulación –si es que así puede llamarse– de la situación del conflicto de intereses en nuestra Ley de Sociedades Anónimas es absolutamente insuficiente en su planteamiento y efectos, ya que sólo contempla, bien el insólito caso de la fundación sucesiva, impidiendo que voten los promotores que pretendan reservarse derechos especiales y los suscriptores con aportaciones no dinerarias (art. 27.2), bien el supuesto de los administradores en conflicto –y no el de los accionistas–, para establecer que cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general, sin imponerles –en caso de ser accionistas y ni siquiera en este único supuesto– la obligación de abstención en su derecho de voto (art. 132.2).

El análisis de la situación del conflicto de intereses entre el socio y la sociedad debería constituir, probablemente, uno más entre los objetivos de estas reflexiones, en cuanto su actual carencia es uno de los factores que indudablemente favorecen el abuso de su poder por la mayoría. Sin embargo, los amplios términos de la discusión en que hay que situar su problemática –entre otros, las concretas situaciones de conflicto de intereses que han de ser objeto de intervención normativa, muchas de ellas (todos los supuestos de autocontratación entre la sociedad y sus administradores,

por ejemplo) sustraídas todavía al control de la junta general-, y su propia especificidad al margen del problema que nos ocupa, no permite otra alusión que la denuncia de su ausencia legal como límite al abuso de su poder por la mayoría.

B) Límites de Derecho societario: la lesión, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, de los intereses de la sociedad.

62

Entre los límites dispuestos por nuestra Ley de Sociedades Anónimas, es la lesión de los intereses de la sociedad (art. 115.1) la que constituye de forma paradigmática el límite más enérgico que nuestra Ley de Sociedades Anónimas opone al abuso del poder mayoritario, ya que no trata de sancionar el uso ilegal o antiestatutario de su poder, sino su abuso en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros. No es fácil abordar, una vez más, un tema —la *tutela de la minoría en sentido amplio*— que ha preocupado largamente, aunque de una forma excesivamente ocasional y fragmentaria, a nuestra doctrina y jurisprudencia en un intento de delimitar, no sólo el concepto de interés social, sino los demás presupuestos explícitos (su lesión; el beneficio de uno o varios accionistas o de terceros; la relación de causalidad) —y acaso implícitos (perjuicio paralelo de otro u otros socios)— que la norma requiere para la impugnación de los acuerdos. Pero es preciso hacerlo, siquiera sea breve y superficialmente, y aunque sea a riesgo de sostener una opinión discrepante más en una interpretación que dista mucho de ser unánime.

Ciertamente, y aunque no quisiera pecar de heterodoxo, es preciso decir que el interés social, si es que puede afirmarse su existencia independiente del interés de la mayoría o de los intereses contrapuestos de los socios, constituye un concepto que parece cada vez menos útil para solucionar el problema del abuso de poder mayoritario. La concepción

del interés social como el interés común o el interés superior de los socios, como es normal afirmar en la doctrina mayoritaria, se acerca –aun sin pretenderlo– a aquella visión institucionalista, antropomórfica y muy probablemente arcaica de la sociedad anónima que lo identifica con un interés propio de la persona jurídica –de la sociedad o de la empresa–, distinto de los intereses de las personas físicas que la integran. Por otra parte, entra abiertamente en contradicción con la propia naturaleza del contrato de sociedad, cuya comunidad no es siempre, ni sólo, de intereses –ni tan siquiera en el momento fundacional, pese a lo que afirme el art. 1.666 C.c. (de ahí una gran parte de las garantías que rodean el proceso constituyente)–, sino fundamentalmente de fin.

Es cierto que los intereses de los accionistas, aun no siendo totalmente coincidentes, pueden confluír pacíficamente y entonces no es difícil encontrar un interés social entendido como un interés común de los socios o incluso –como se ha llegado a afirmar desde una perspectiva solo aparentemente menos institucionalista– como una suma de sus particulares intereses individuales, pero esta hipótesis resulta inservible ya que sólo en ausencia de conflicto la voluntad social se forma mediante la coincidencia –o la suma– de todas las voluntades individuales que componen el órgano, es decir, por unanimidad, y sobra cualquier elucubración sobre mayorías y minorías. Y si la junta general de la sociedad anónima debe adoptar sus acuerdos a través de un procedimiento colegiado y de la regla de la mayoría es precisamente porque tanto las voluntades individuales de los accionistas cuanto sus respectivos intereses no coinciden ni pueden sumarse, ya que no son comunes, sino diferentes y aún contrapuestos.

En tales supuestos, que constituyen la regla general, no hay razón para descartar –y así lo ha entendido también algún autor– la naturaleza “social” de todos los intereses en conflicto, mayoritarios y minoritarios, ya que unos y otros

van dirigidos al mismo fin, el ejercicio en común de una determinada actividad con el fin de obtener un beneficio. La comunidad de fin del contrato de sociedad impide que haya un “interés social” distinto de los intereses de los socios, pero no evita que haya diversos intereses sociales contrapuestos, tantos como accionistas pretendan alcanzar el fin social desde perspectivas y a través de medios diferentes.

Y cuando se identifica el interés social con el interés de la mayoría –lo que es inevitable por la misma ficción que la persona jurídica supone– no es porque el interés de la minoría no sea, a su vez, un interés social, sino porque, ante la imposibilidad de satisfacer ambos intereses, las reglas de formación de la voluntad social hacen que en la adopción del acuerdo prevalezcan la voluntad y el interés de la mayoría.

64

Naturalmente, el presupuesto para que el interés de la mayoría pueda valer como interés de la sociedad es que se trate de un interés legítimo o con una finalidad legítima. Si no lo es, bien porque con el acuerdo se persigue la obtención de un beneficio particular, bien porque se pretende causar un perjuicio o lesionar intereses legítimos de otros socios –lo que, normalmente, suele estar en íntima relación–, el interés de la mayoría –o, por supuesto, el de la minoría– dejará de constituir un interés social en cuanto se dirigirá a un objetivo que se aparta de la comunidad de fin del contrato de sociedad.

Quiere ello decir que si los intereses sociales pueden ser ambos, los de la mayoría y los de la minoría, la definición del interés social como el interés legítimo de los socios, sean todos o sólo parte de ellos, carece de trascendencia o utilidad práctica, por cuanto lo que interesa del acuerdo es su legitimidad, no sólo en cuanto a los intereses de los socios –que, aun contrapuestos, constituyen intereses sociales y, si no se oponen a la ley o a los estatutos, legítimos–, sino asimismo en cuanto al fin o móvil perseguido, en cuyo caso prevalecerá como interés social el interés legítimo y, si

ambos lo son, el mayoritario, aunque sólo sea como fruto del compromiso dialéctico en la formación de la voluntad corporativa.

Además, ¿a quién y cuándo le corresponde definir lo que es el interés social? Afirmar que esta función es competencia de los jueces y tribunales supone no sólo no resolver el problema o el de hacerlo *a posteriori*, sino algo mucho más grave, permitir la injerencia judicial en funciones legalmente atribuidas a los órganos sociales, desconociendo así las advertencias de nuestra doctrina sobre los peligros que puede conllevar un excesivo control judicial sobre el significado que debe tener el interés social. El control de los tribunales debe reservarse no tanto para juzgar la oportunidad de un acuerdo —juicio reservado a la estricta voluntad de los órganos sociales en sus respectivas competencias—, cuanto su legitimidad, aunque no sólo objetiva sino asimismo subjetiva.

65

De otra parte, han sido los propios tribunales de justicia los que frecuentemente han incidido más directamente en sus resoluciones en el presupuesto de que el acuerdo beneficie a uno o varios accionistas o a los terceros (accionistas mayoritarios, administradores, sociedades filiales y participadas o con administradores comunes, etc.), que en el de la lesión del interés social, lesión que en algunas de ellas no tiene otra lectura que la del interés de los accionistas perjudicados por el acuerdo, bien sean todos los demás socios —¿interés social lesionado en beneficio de un interés particular?—, bien sólo una parte de ellos —¿interés particular lesionado en beneficio de un interés igualmente particular?—.

Desde este punto de vista, y respecto de numerosos acuerdos con un contenido netamente patrimonial que han visto su impugnación ante los tribunales coronada por el éxito, éstos han afirmado que lesionaban los intereses de la sociedad en cuanto lesionaban, precisamente, los intereses legítimos del resto de los socios, todo ello en beneficio de

uno o varios accionistas o terceros. Pero, ¿sería menos impugnabile un acuerdo inocuo para el patrimonio social, y consiguientemente para el de los accionistas en general, adoptado en beneficio de un grupo de socios y en perjuicio claro de otro?

La hipótesis no es baladí, y aunque ciertamente se tratará en muchos casos de acuerdos que lesionan directa o indirectamente derechos de los accionistas y, por tanto, contrarios a la ley o a los estatutos, es preciso convenir que existen materias (conurrencia de causas para adopción de ciertos acuerdos, prórrogas de la junta, interpretación de los estatutos, etc.), en las que cabe una facultad de apreciación por la Junta o por su Presidente que puede ser utilizada abusivamente por la mayoría en perjuicio de los socios minoritarios sin violar directamente precepto legal o estatutario alguno. Igual que puede suceder en todos aquellos acuerdos en los que los poderes de la junta, por tratarse de decisiones que afectan a la planificación económico-financiera de la sociedad (reparto de dividendos o dotación de reservas, aumento de capital o recurso al crédito, exclusión del derecho de suscripción preferente, tipo de emisión a la par o con prima, fusiones y escisiones, etc.), son —por definición y salvo excepciones— discrecionales, en cuanto constituyen una manifestación del poder de decisión del empresario, lo que no es óbice para que éste —a través de la junta general de la sociedad y en virtud de un acuerdo adoptado por mayoría— lo ejerce espúreamente en perjuicio de los socios minoritarios.

¿Se lesiona en estos casos el interés social o el particular de los accionistas impugnantes? Las respuestas que nuestra jurisprudencia ha venido ofreciendo no son, evidentemente, unánimes, aunque es preciso reconocer que el recurso a la lesión del interés social para declarar la anulación del acuerdo, inexistente o difícil de apreciar en multitud de supuestos —a no ser que se reconozca que el interés de la minoría es también un interés social—, cede en ocasiones el paso al

perjuicio o lesión de los intereses legítimos de unos accionistas en beneficio de otros o de terceros. Claro está que para ello se matiza unas veces el concepto o el alcance de la expresión “intereses de la sociedad” o no se duda en recurrir, en otras, a instituciones que hasta hace poco no parecían aplicables –y a muchos siguen sin parecerlo– a la sociedad anónima.

C) *El correlativo perjuicio de uno o varios accionistas y los límites de Derecho común: el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo.*

En efecto, y aun con razonamientos no siempre coincidentes, no es insólito encontrar en nuestra jurisprudencia –lo es más en la doctrina que, salvo excepciones, se muestra mucho más apegada a la literalidad de la norma– un reconocimiento expreso del perjuicio o de la lesión de los intereses de uno o varios accionistas en beneficio de otros o de terceros como un presupuesto –más implícito que explícito en nuestra Ley, es cierto, pero reconocido en otras legislaciones, como en la alemana– para la anulación de los acuerdos de la junta general. Y aunque el casuismo de las situaciones, e incluso de muchos de los argumentos esgrimidos, impide extraer unas conclusiones de alcance general –que, por otra parte, quedarían desmentidas por las veces que también se niega expresamente que el perjuicio de uno o varios socios pueda sustituir al perjuicio del interés social–, acaso sea posible, a los meros efectos de su exposición, agrupar estas posiciones en función de las premisas –en ocasiones muy cercanas– de las que, implícita o explícitamente, parten.

La primera, probablemente la más compatible con la interpretación mayoritaria de nuestra doctrina sobre lo que debe entenderse como interés social, reside en que la existencia de aquel beneficio de uno o varios accionistas o de terceros exigido por la norma suele conllevar –aunque sea

como ausencia de beneficio— la consecuencia del perjuicio o lesión sufrida en los intereses de uno o varios socios. Su planteamiento presupone una *relativización del concepto de interés social* ya que, al centrar el debate en la legitimidad subjetiva de los intereses en conflicto y en el consiguiente carácter justificado o injustificado del beneficio de unos y del perjuicio de otros, el interés social deja de ser un concepto absoluto para transformarse en el interés legítimo —o, en su caso, el predominante— entre los intereses de los socios.

68

No puede desconocerse que el ganar o perder una votación en la junta supone, por definición, un beneficio o un perjuicio para cada respectivo grupo de accionistas y que tanto los intereses ganadores como los perdedores no tienen por qué ser, ninguno de los dos, intereses ilegítimos. Si ambos intereses, los de la mayoría y los de la minoría, son legítimos, como es normal que ocurra, el interés de la sociedad es o coincide con el interés de la mayoría, pero por aplicación de la misma ficción jurídica por la que la voluntad de los más vale como la voluntad de la sociedad. Si, por el contrario, uno de los intereses en conflicto fuere ilegítimo, el interés de la sociedad sería el otro, con independencia de que fuera defendido por la mayoría o por la minoría.

Una segunda premisa —ésta doctrinal— de la que se ha partido, aunque más difícil de llevar a sus últimas consecuencias en el contexto doctrinal dominante y en la legalidad en que se apoya, se basa en el total o parcial *abandono del concepto de interés social* —rectius, de la sociedad— o, al menos, de su utilización para decidir sobre la corrección o anulación del acuerdo. De acuerdo con ello, esta más reducida posición arranca del reconocimiento de que tanto el interés de la mayoría cuanto el interés de la minoría son —o, más exactamente, pueden ser— “intereses sociales” y que, en línea de principio, no existen “intereses de la sociedad” abstractos, distintos de los intereses contrapuestos

de los accionistas, ni un único “interés de la sociedad” entendido como “interés común” o suma de los intereses particulares de los socios. Lo que existe, en definitiva, es una comunidad de fin basada en un principio de colaboración entre los socios para el ejercicio de una actividad económica.

A partir de esta distinción entre “interés de la sociedad” –inexistente en abstracto– e “intereses sociales” –los intereses de los socios en cuanto accionistas, con independencia de que sean comunes o contrapuestos–, se entra a juzgar, no tanto sobre el presupuesto del beneficio de uno o varios accionistas o de terceros o el correlativo perjuicio de uno o varios socios, cuanto sobre la legitimidad subjetiva del fin perseguido por los socios, que no puede situarse al margen del fin social –la colaboración para el ejercicio en común de una actividad económica– con la intención de causar un daño a un socio o grupo de socios. Porque tan social –y legítimo, objetivamente considerado– puede ser, por ejemplo, el interés que subyace al acuerdo de dotar las reservas voluntarias como el que inspira el contrario de repartir dividendos, aún admitiendo que la primera de las decisiones puede causar un beneficio a un grupo de socios –los accionistas comprometidos en la gestión de la sociedad– y un correlativo perjuicio a otro –los accionistas meramente inversores–, por lo que la ilegitimidad del acuerdo –o de su reiteración– derivaría no tanto de la lesión objetiva del interés social de los accionistas perjudicados por su contenido, cuanto asimismo del carácter espúreo del fin subjetivamente perseguido por la mayoría con la adopción del acuerdo, que ya no sería la colaboración al fin común de los socios, sino el causar un perjuicio a los accionistas minoritarios.

Finalmente, la tercera premisa de la que se parte para juzgar sobre la anulación del acuerdo sobre la base del perjuicio a uno o varios accionistas, ni relativiza ni abandona el concepto de interés social, sino que, al margen de su uti-

lización e incluso de su existencia, se centra en un concepto distinto: el *abuso o desviación de poder, el abuso o fraude de derecho, el ejercicio antisocial de los derechos*, etc.

Hay que reconocer que esta tercera corriente, mantenida frecuentemente por nuestra jurisprudencia aun sin renunciar siempre por ello a contemplar la lesión del interés social, ha encontrado no sólo significativos silencios en la doctrina mercantilista para su aplicación a la sociedad anónima, sino asimismo expresas reticencias, debido en estos casos al trasplante de alguno de aquellos conceptos desde el campo del Derecho público y a sus pretendidas dificultades de adaptación a la sociedad anónima como forma de organización jurídico-privada. Desde este punto de vista son diversas las críticas que han suscitado estas posiciones, aunque no siempre se encuentren justificadas y menos después de la reforma del Título preliminar del Código civil que sancionó en su art. 7.2 el abuso de derecho y el ejercicio antisocial de los derechos.

70

No hay que olvidar, a este respecto, que el conflicto entre la mayoría y la minoría se produce en un órgano social que precisamente forma y expresa la voluntad de la persona jurídica y que también la teoría orgánica de las personas jurídicas se importó del Derecho público. El que los acuerdos no constituyan actos de autoridad de un órgano porque la voluntad de este órgano se forme a través del procedimiento colegiado mayoritario –lo que es cierto, pero probablemente sólo en su afirmación inicial, no así en su justificación– no quita para que esta mayoría pueda, aunque no deba, abusar de su poder ejercitándolo arbitrariamente y al margen del fin social, sin que el control judicial sobre la actuación de la mayoría, aun no siendo solo un control de legalidad, suponga necesariamente un control sobre la oportunidad objetiva de las decisiones sociales –que hay que rechazar para no eliminar ni subvertir las competencias de los órganos sociales–, sino sobre su oportunidad subjetiva, es decir, sobre su legitimidad desde

el punto de vista del fin extrasocial perseguido por un acuerdo objetivamente no contrario a la ley ni a los estatutos, pero adoptado con la intención de causar un perjuicio a la minoría.

Tampoco, y por las mismas o parecidas razones, parece atendible la postura que critica la aplicación del concepto de abuso de derecho en cuanto la mayoría ha de ejercitar el interés de la sociedad y carece, por tanto, de un derecho ejercitable en su exclusivo interés. Al margen de que el art. 115.1 LSA sanciona precisamente la lesión del interés de la sociedad por la mayoría, reconociendo así que ésta puede abusar de su derecho en beneficio de uno o varios accionistas, no es menos cierto que, con independencia de la opinión que se mantenga sobre el interés social, la junta, a través de un acuerdo mayoritario, puede ejercitar su derecho a decidir sobre los asuntos sociales no con el objeto exclusivo de conseguir el fin social, sino con ánimo de lesionar los intereses de los socios minoritarios. Mantener que ello no es posible porque la mayoría carece de ese derecho, supone o bien el reconocimiento implícito de su abuso o fraude del mismo (por aplicación del art. 7.2 C.c.), o bien sostener que el acuerdo es por sí mismo contrario a la ley (el mismo art. 7.2 C.c.), como también ha llegado directamente a sostenerse sin advertir que, por idéntica razón, el acuerdo que lesionare los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas también sería un acuerdo contrario a la ley (en este caso al art. 115.1 LSA).

No corresponde analizar en esta sede la construcción doctrinal y jurisprudencial, de la doctrina civilista del abuso de derecho, ni tampoco la de deslindarla –si ello fuera posible, dadas las vacilaciones doctrinales– de la del ejercicio antisocial de los derechos. Lo que interesa, en cambio, es destacar su aplicabilidad a la impugnación de los acuerdos sociales por abuso del poder mayoritario y su complementariedad –por no decir identidad, al menos para aquellos que discrepan de la concepción mayoritaria sobre el interés

social— con la sanción de la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros prevista en nuestra Ley de Sociedades Anónimas.

En efecto, el fundamento último de la doctrina del abuso de derecho, tanto en su primeriza elaboración doctrinal cuanto en su desarrollo y consagración jurisprudencial hasta desembocar en su regulación por el art. 7.2 del Código civil en la reforma de su Título preliminar, reside en la inmoralidad o antisocialidad subjetiva que supone el ejercicio de un derecho, objetiva o externamente legal, al margen de su fin o con intención de perjudicar a un tercero. La legalidad objetiva del derecho, facultad o poder ejercitado; la ilegitimidad subjetiva del móvil o fin perseguido, que reside en la intención de causar daño a otro; el daño a un interés no directamente protegido por una específica prerrogativa jurídica —la lesión de un derecho es directamente contraria a la ley—, son, en sustancia, los conceptos sobre los que ley, doctrina y jurisprudencia se muestran unánimes para definir el abuso de derecho y perfilar sus requisitos, y que puede afirmarse que concurren plenamente en aquellos acuerdos sociales adoptados precisamente con lo que la doctrina mercantilista ha coincidido siempre en denominar como abuso de la mayoría.

La circunstancia, de otra parte, de que la doctrina del abuso de derecho cubra asimismo la antisocialidad objetiva, en la que el daño no procede de la intención sino del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho de manera que, por el objeto del acto o por las circunstancias en que se realice, también se sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho, o incluso la mantenida por un sector doctrinal de que no sea precisa la producción de un daño efectivo para que la ley ampare al titular del interés con una protección jurídica distinta de la indemnización (inciso primero del art. 7.2 C.c.), contribuye a que la construcción del abuso de derecho sea perfectamente aplicable en todos sus términos a la impugnación de aquellos

acuerdos sociales que, aun adoptados por la junta general en uso de su derecho a decidir lo que considere más conveniente a los intereses sociales –incluso con independencia de lo que se entienda por interés social–, su fin último no es otro que el de causar un perjuicio a los socios minoritarios, por lo que el Derecho debe intervenir para evitar la lesión de un interés legítimo que sólo es posible proteger mediante la anulación del acuerdo.

El reconocimiento del abuso de derecho como causa de impugnación de los acuerdos sociales y, por tanto, como un importante límite al abuso de su poder por la mayoría, no obsta a su carácter excepcional y a la necesidad de que sea aplicado con una prudencia exquisita. Los tribunales, en efecto, deben otorgar su protección para que los derechos no se ejerciten para un fin distinto del que les reconoce el ordenamiento jurídico ni con la intención de causar daño a otro, pero para hacer uso de esta doctrina –ha afirmado la jurisprudencia– es preciso que la finalidad ilegítima o la intención de perjudicar sean patentes y manifiestas. Ni puede exigirse al juzgador que bucee en las conciencias de los litigantes, ni cabe otorgar protección alguna cuando el interés presuntamente lesionado no existe, no queda suficientemente acreditado o es a su vez ilegítimo en su contenido o en su finalidad.

73

3. La tutela de la minoría como freno al poder de la mayoría: su insuficiencia en la sociedad anónima abierta.

Si la impugnación de los acuerdos sociales por la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas –y en perjuicio correlativo de otros– constituye, como derecho individual del accionista, tanto el medio de defensa por excelencia de los accionistas aislados frente al abuso de su poder por la mayoría, cuanto paralelamente uno de los derechos protectores de las minorías más o menos organizadas de accionistas –de ahí que haya sido

calificado como defensa de la minoría en un sentido amplio-, el otro gran límite que nuestra Ley de Sociedades Anónimas opone al poder mayoritario viene constituido por aquellos derechos que la propia Ley confiere a aquellos accionistas que ostenten, solos o agrupados, ocasionalmente o de forma organizada, determinadas proporciones en el capital de la sociedad, y que, en cuanto tratan de amparar asimismo la mera discrepancia con la mayoría, han sido considerados como instrumentos de una *tutela de la minoría en sentido estricto*.

74

Los derechos atribuidos corporativamente a los accionistas como un medio de tutelar directamente sus intereses y el propio interés social frente a los de los accionistas mayoritarios o de solicitar -judicial o extrajudicialmente- un amparo para los mismos, poseen un contenido ciertamente plural o heterogéneo que, sin embargo, la doctrina ha calificado en dos grandes grupos como derechos de protección o defensa y derechos de participación. Con independencia de si esta clasificación -que en este caso es residual de la tripartición germánica para los derechos del socio (el tercer grupo sería el de los derechos patrimoniales)- es la adecuada desde un punto de vista dogmático, puede afirmarse que, desde un punto de vista más apegado al contenido intrínseco de estos derechos y a su atribución no a la condición de accionista sino a la relevancia de la participación de uno o varios de ellos, los derechos de la minoría actúan en tres distintas instancias o con tres finalidades diferentes.

Tales derechos constituyen, unas veces, un límite meramente cuantitativo al poder de la mayoría para imponer su voluntad en el seno de la junta general (*derechos de defensa*); otras veces permiten actuar a la minoría como un contrapeso de la mayoría que contribuye a impedir el carácter omnímodo de su poder (*derechos de iniciativa*); y otras, finalmente, otorgan a la minoría una serie de instrumentos, judiciales y extrajudiciales, que le permita controlar más activamente la marcha de la sociedad (*derechos de control*).

En efecto, un primer grupo entre estos derechos de la minoría establece un mero límite o freno al poder de la mayoría para la adopción de acuerdos, no mediante un refuerzo directo de la mayoría requerida para su válida adopción –que podría verse entorpecida–, sino a través de la paralela exigencia de que el rechazo al acuerdo por la minoría disconforme no sobrepase una determinada proporción del capital social. Así sucede con el derecho de oposición de los accionistas que representen el 5 por 100 del capital, que impide a la mayoría acordar la transacción o renuncia de la acción de responsabilidad frente a los administradores previamente acordada o ejercitada por la junta (artículo 134.2); o con la exigencia de un 25 por 100 del capital social, que la Ley requiere a la minoría para impedir que el presidente de la junta pueda, amparándose en el perjuicio de los intereses sociales e incluso con el apoyo de la mayoría, negar la información solicitada por los accionistas (art. 112.2).

Otras veces, sin embargo, se atribuye a la minoría un poder de iniciativa en defensa de sus intereses –sociales, por supuesto– que no puede ser enervado *a priori* por la mayoría y que sirve asimismo para equilibrar su situación de sumisión frente al poder mayoritario. Se requiere así la vigésima parte del capital social: para exigir de los administradores y, en su caso, del juez la convocatoria de la junta general extraordinaria (arts. 100.2 y 101.2); para pedir al juez en el escrito de demanda la suspensión del acuerdo impugnado (art. 120.1); para solicitar a los administradores la convocatoria de junta general extraordinaria para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra ellos o para ejercitarla en defecto de su convocatoria por los administradores o de su ejercicio por la sociedad (art. 134.4); y, finalmente, para impugnar los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración (art. 143.1). En cambio, la proporción de capital requerida se eleva a la cuarta parte del capital presente en la junta

para la solicitud de prórroga de sus sesiones (art. 109.2) y a la quinta parte del capital social para solicitar al gobierno la prórroga de la sociedad disuelta (art. 265.1).

Finalmente, un tercer grupo de derechos otorgan a la minoría nuevos instrumentos para controlar más activamente el ejercicio del poder mayoritario, de forma que se permite a los accionistas que ostenten un 5 por 100 del capital social solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor cuando la sociedad no venga obligada a su nombramiento (art. 205.2), o pedir al juez el nombramiento de un interventor para que fiscalice las operaciones de la liquidación (art. 269.1). A ellos podría añadirse el derecho concedido al 1 por 100 para solicitar el levantamiento de acta notarial en la junta (art. 114.1), el derecho a nombrar un interventor para la aprobación diferida del acta de la junta, atribuido indiscriminadamente a la minoría sin exigencia de una proporción mínima de capital (art. 113.1), y el derecho o facultad de la minoría para nombrar, en ciertos supuestos —que la mayoría puede modificar o suprimir a su antojo según conocida jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo—, uno o más consejeros por el sistema de representación proporcional (art. 137) y que, aunque por su contenido intrínseco sea un derecho (o facultad) de participación, no se puede desconocer que su verdadera importancia reside, no en una gestión compartida —ausente en los casos de enfrentamiento entre mayoría y minoría—, sino en la información y control que a través del representante de la minoría puede ejercitarse en el consejo de administración.

El primer gran problema que plantea la concesión de estos derechos a las minorías —y, muy probablemente, el origen de los demás— radica en el inadecuado establecimiento de la proporción de capital social requerida para su ejercicio y su directa incidencia en la consecución de la finalidad que persiguen de tutelar a la minoría. Porque, en efecto, y pese a la sustancial reducción del porcentaje de

capital exigido que, con carácter general, se llevó a cabo en la nueva Ley de Sociedades Anónimas, rebajándose del 10 al 5 por 100 la proporción del mismo requerida para el ejercicio de la mayor parte de los derechos atribuidos a las minorías, es bien sabido que la vigésima parte del capital social sigue constituyendo un porcentaje poco menos que inalcanzable para las minorías en las grandes sociedades cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial, en las que incluso una proporción menor es normalmente suficiente —por sí misma o unida a las inevitables delegaciones de voto— para asegurar el control sobre la sociedad y disponer de la mayoría de los votos en la junta general.

Quiere ello decir que en la gran sociedad anónima abierta, las normas de tutela de la minoría no sólo son insuficientes para cumplir su finalidad estricta de permitir a éstas intervenir activamente en su defensa en la marcha de los negocios sociales, en su control o en su oposición al poder de la mayoría, sino que, al hacer ilusorios y poco menos que utópicos aquellos derechos, contribuyen indirectamente a reforzar el poder mayoritario —y en ocasiones oligárquico— de estas sociedades, liberándole de todo freno o contrapeso en su ejercicio y facilitando, por tanto, un eventual abuso de la mayoría.

Finalmente, es preciso recordar que estos derechos, aunque heterogéneos en su contenido y distintos en su finalidad, tienen, sin embargo, un punto de coincidencia: su ejercicio. En efecto, al revés de lo que sucede con la impugnación de los acuerdos sociales por lesión de los intereses de la sociedad o por abuso de derecho, ninguno de ellos —con la obvia salvedad de la impugnación de los acuerdos del consejo— requiere que los accionistas acrediten de una u otra forma el abuso de su poder por los socios mayoritarios o por los administradores sociales, ni la lesión de los intereses de la sociedad (o de los propios), ni el beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, ni la

intención de la mayoría de causar un perjuicio a otros accionistas.

Son derechos que se otorgan *per se*, por el mero hecho de representar una participación que la Ley estima suficientemente significativa en el capital de la sociedad y que permiten a la minoría una defensa activa de sus intereses frente a los intereses de la mayoría sin necesidad de que ésta haya abusado previamente de su poder.

Precisamente por ello –y es el segundo gran problema que, desde una perspectiva doblemente opuesta, suele presentar el ejercicio de estos derechos corporativos de los accionistas– permiten también paralelamente que en las sociedades anónimas cerradas y de pequeñas dimensiones sean las minorías las que tiranicen a su antojo a las mayorías mediante un ejercicio abusivo o antisocial de estos derechos.

III. La tiranía de la minoría

1. La ausencia de límites societarios expuestos al ejercicio de sus derechos corporativos por la minoría y el límite común del abuso de derecho.

En efecto, los derechos corporativos atribuidos a los accionistas en función de la proporción de capital que representan en la sociedad aparecen casi siempre configurados en nuestra Ley –en palabras de un gran maestro de nuestro Derecho mercantil– como una protección de la actitud discrepante del socio minoritario sin preguntar si es fundada y razonable, ni si se inspira o no en el interés de la sociedad. Desde este punto de vista que es preciso compartir, es evidente que también la Ley otorga un determinado poder –aunque sea eminentemente defensivo– a las minorías y que éstas tienen el poder, al margen y aun en contra de la posición de la mayoría o de los administradores, de ejerci-

tar aquellos derechos y facultades que les otorga la Ley por el mero hecho de ostentar una participación más o menos relevante en el capital de la sociedad y sin necesidad de justificar la existencia ni la legitimidad de su interés.

Ello, que ni se advierte ni tiene mayor relevancia en aquellos derechos que proporcionan a la minoría un instrumento de control sobre la actuación de la mayoría (nombramiento de interventor para la aprobación del acta, requerimiento del acta notarial, solicitud de nombramiento de un auditor de cuentas o de un interventor en la liquidación, designación de consejeros por el sistema de cociente), ya que se justifican por sí solos en razón de su propio contenido —la fiscalización de la marcha o de la liquidación de la sociedad o la participación en su gestión o su control—, es, en cambio, particularmente visible y trascendente en el ejercicio de aquellos otros derechos que reconocen a la minoría una capacidad o un poder, bien de iniciativa, bien de freno o defensa frente al poder de la mayoría.

79

Pedir, por ejemplo, la convocatoria de la junta general extraordinaria, solicitar información susceptible —a juicio discrecional del Presidente de la junta— de perjudicar los intereses sociales, ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores o impedir que la junta general transija o renuncie al ejercicio de la acción, son derechos cuyo ejercicio, incluso dentro de los amplísimos márgenes de subjetividad que implica, puede estar o no justificado y puede asimismo lesionar los intereses sociales y no sólo los intereses legítimos de la mayoría.

La Ley, sin embargo, no se plantea al otorgar estos derechos a la minoría —y acaso debiera hacerlo— la circunstancia de que su ejercicio pueda lesionar los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, ni, menos aún, el correlativo perjuicio de otros socios, cuando, al contrario de lo que sucede con los acuerdos sociales lesivos —que admiten su impugnación ante los tribunales—, no cabe en estos casos otra defensa que la de situarse al

margen de la Ley mediante una resistencia pasiva en espera de lo que puedan decidir los jueces cuando la minoría acuda a ellos solicitando la tutela de su derecho.

Ello no obstante, tampoco cabe confiar siempre en una discrecionalidad judicial que muchas veces no existe. Si la misma naturaleza judicial del derecho ejercitado por la minoría —la acción social de responsabilidad, por ejemplo— permite a los tribunales decidir libremente sobre su admisión en función de las pruebas aportadas por los accionistas, no sucede así con otros derechos estrictamente societarios atribuidos a la minoría, para cuyo ejercicio no es necesario acreditar lesión ni intención alguna y en los que el recurso de los minoritarios a la tutela judicial es precisamente para que les amparen en el ejercicio de un derecho que les ha sido negado o impedido por la mayoría y a cuyo reconocimiento y protección —según opinión unánime de nuestra doctrina— vienen los jueces obligados.

80

La petición de información comprometedora o perjudicial para los intereses sociales realizada por minorías (acaso competidoras o controladas por competidores) que ostentan la cuarta parte del capital social es uno de los ejemplos clásicos que la práctica ofrece de la tiranía de la minoría y que coloca a la mayoría en la disyuntiva de suministrar la información voluntariamente u obligada (como atestigua la jurisprudencia) por los tribunales. Como igual sucede con la solicitud, a veces reiterada —como instrumento simplemente obstruccionista— de junta general extraordinaria a los administradores, ante cuya negativa y la correlativa solicitud al juez, éste *habrá* de convocarla (y no *podrá*, como sucede en la solicitud de la junta ordinaria a petición de socios) cuando lo solicite el número de socios requerido para ello.

Y cabe recordar a este respecto que tan perjudicial puede ser para la sociedad o la mayoría someterse —de forma voluntaria o forzada por los tribunales de justicia— al ejercicio tiránico de sus derechos por la minoría, como costoso puede resultar el pacto —no menos tiránico— con los minori-

tarios para evitar su ejercicio. Las pequeñas sociedades anónimas –y acaso esta es la razón de la escasa jurisprudencia sobre el tema de la tiranía de los socios– ofrecen a diario el penoso espectáculo de que el ejercicio de los derechos de la minoría –o, más exactamente, su no ejercicio– es utilizado como moneda de cambio en transacciones más o menos inicuas con la mayoría, ante lo cual cabe legítimamente preguntarse si en las sociedades anónimas cerradas, que carecen de un mercado secundario para la contratación de sus títulos, los pequeños accionistas, al no poder especular con el valor de sus acciones, especulan, en cambio, con el valor de sus derechos.

Ciertamente, no someter el ejercicio de los derechos de la minoría a otro requisito que el de ostentar una determinada proporción en el capital de la sociedad constituye una decisión de política legislativa que, en términos de confrontación entre mayoría y minoría, está plenamente justificada y reconocida en una u otra medida en el Derecho comparado. Aunque el abuso de la mayoría pueda ser combatido desde el frente de la impugnación de los acuerdos sociales lesivos (ya sea al amparo del artículo 115.1 LSA o del art. 7.2 C.c.), las obvias dificultades probatorias que plantea muchas veces el juicio sobre la pretendida lesión de los intereses de la sociedad o sobre la presunta intención de causar un perjuicio a los accionistas minoritarios, son suficientes para explicar la concesión a la minoría de unos derechos específicos que tienen por objeto tanto el suministrarles un poder de iniciativa cuanto el de controlar a la mayoría y servir de freno o contrapeso a sus eventuales abusos.

Y tampoco se olvide, de otra parte, que no ha habido aquí reticencia doctrinal ni jurisprudencial alguna respecto de la aplicación al ejercicio arbitrario de sus derechos por la minoría de la doctrina del abuso de derecho o del ejercicio antisocial de los derechos, aunque la jurisprudencia –que ha tenido ocasión de aplicarla en sede de impugnación

de acuerdos sociales adoptados sin respetar el ejercicio de los derechos de los accionistas— la haya reconocido más frecuentemente en relación con el ejercicio, calificado como abusivo, contrario a la buena fe u obstaculizador de la marcha social, de algunos derechos individuales, como el propio de impugnación de acuerdos o el de información, que respecto de los derechos de las minorías *stricto sensu*, aunque también en este caso haya calificado de fraude de ley una solicitud de convocatoria judicial de la junta general extraordinaria —denegada previamente por los administradores— con fines que excedían las atribuciones de la sociedad en aquel momento, o de servir al interés particular del accionista la solicitud de información realizada al amparo del último párrafo del art. 65 LSA 1951 como medio para obstruir y paralizar la actividad social.

82

Por ello, cuando es la minoría la que ejercita sus derechos de forma claramente obstruccionista, sin otro interés que el de entorpecer la marcha social —cuando no el de negociar al alza la venta de sus acciones—, es evidente que se sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio de los derechos, ya que ese ejercicio no sólo no responde al interés o “necesidad” de los accionistas que lo ejercitan (como exige la doctrina del abuso de derecho y se sostiene en uno de los fallos que rechaza la anulación del acuerdo por denegación del derecho de información, aun teniendo presente —afirma— lo prevenido en el párrafo final del viejo art. 65 LSA), sino ni tan siquiera a la utilidad objetiva que proporciona su normal ejercicio. Ciertamente que la normalidad del ejercicio constituye, como se ha afirmado, un nuevo *standard* jurídico, cuya apreciación puede ser cambiante y problemática, pero no lo es menos que la anormalidad o extralimitación en el ejercicio de los derechos comprende no ya la intención de perjudicar, o la de obtener un provecho o beneficio subjetivo ilegítimo, sino que basta simplemente con la incongruencia o la ausencia de utilidad objetiva del derecho ejercitado.

No se quiere decir con ello que la aplicación de la doctrina del abuso de derecho a los supuestos de tiranía de la minoría en el ejercicio de sus derechos corporativos sea la que justifique —y mucho menos *a posteriori*— la atribución de éstos en función únicamente de la proporción de capital, cuya determinación legal siempre será más o menos arbitraria, ostentada por los accionistas. La justificación última y evidente de la tutela de la minoría, consustancial en todos los órganos colegiados, reside precisamente en la alteridad del propio concepto de minoría, que no podría existir sin su correlativa mayoría, como tampoco la tiranía de la minoría sería explicable sin un opuesto abuso de la mayoría.

2. La rigidez y exigüidad del capital exigido para la atribución de los derechos de la minoría: su riesgo en la pequeña sociedad anónima.

83

En cambio, desde el punto de vista de la técnica jurídica, lo que no parece estar justificado en absoluto es la rigidez de la proporción exigida ni su exigüidad cuando se trata de pequeñas sociedades anónimas de tipo familiar. Si la vigésima parte del capital social supone en las sociedades cotizadas en Bolsa una proporción la mayor parte de las veces inalcanzable para las minorías, en muchas pequeñas sociedades representa frecuentemente una proporción poco menos que ridícula, que rara vez justifica la concesión del derecho y que pone en manos de minorías escuálidas un arma arrojadiza que compromete muchas veces el futuro de la sociedad.

La atribución de los derechos de la minoría en función del número proporcional de acciones que ostenten en el capital de la sociedad tiene en casi todos los ordenamientos una excesiva rigidez que frustra, por exceso o por defecto, la consecución de los fines para los que fue concebida.

Nuestro Derecho de sociedades anónimas no constituye una excepción, ya que salvo el derecho a exigir información comprometedoras o perjudicial –por lo menos a juicio del presidente de la junta– para los intereses sociales, que requiere la cuarta parte del capital social, el derecho a solicitar la prórroga de la junta, concedido a la cuarta parte del capital presente en la misma, el derecho a solicitar al Gobierno la prórroga de la sociedad disuelta, que exige la quinta parte del capital, y el derecho a pedir el levantamiento de acta notarial, que se limita a requerir un escueto 1 por 100, todos los demás derechos atribuidos a la minoría que requieren la tenencia o agrupación de una determinada proporción de capital se conforman, independientemente de la naturaleza o características propias de cada uno, con la posesión de un número de acciones uniformemente equivalente al 5 por 100 del capital social, rebajada esta cifra desde el 10 por 100 originario que se requería en la Ley de 1951.

Esta rigidez o uniformidad de la proporción exigida legalmente para el ejercicio de la mayor parte de los derechos atribuidos a aquellos grupos de socios o accionistas aislados que ostenten lo que se estima que es una participación significativa o relevante en el capital de la sociedad, era y es excesiva y utópica en las sociedades cotizadas en Bolsa y ha pasado a ser exigua en demasía en las pequeñas sociedades cerradas de tipo familiar, de tal forma que favorece en ambos supuestos la producción de un efecto diametralmente contrario a su razón de ser y finalidad. Mientras que en algunas grandes sociedades la magnitud relativa del porcentaje, lejos de proteger los intereses de sus minorías, sirve para fomentar el abuso de la mayoría, hurtando, de un lado, a los socios minoritarios aquellos instrumentos que la ley pone –o, más exactamente, debería poner– en sus manos, ya que han sido específicamente concebidos para su tutela, y liberando, de otro, a los mayoritarios de todo freno en su actuación; en cambio, en las pequeñas o, si se

quiere, pequeñísimas sociedades, la escasez asimismo relativa de la proporción otorga a algunas minorías una situación de prepotencia que no se justifica en razón de su exigua relevancia en el conjunto de la sociedad.

Es de suponer, dado el silencio de la Exposición de Motivos del Proyecto, posteriormente suprimida en el Senado, que en la rebaja de la décima a la vigésima parte de la cuota llevada a cabo por la Ley de Reforma Parcial—introducida en el segundo Anteproyecto del Ministerio de Justicia de 29 de marzo de 1988, y completada en el trámite parlamentario, ya que no estaba prevista en el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación—, junto al deseo de colocar más al alcance de las minorías de las medianas y grandes sociedades el ejercicio de los derechos de la minoría —y acaso la limitación prevista en dos supuestos (arts. 16.1 y 25.1) por la propuesta de quinta Directiva—, debió desempeñar un papel determinante la imposición de un capital mínimo de diez millones de pesetas a las sociedades anónimas, que ha obligado a transformarse en sociedades de responsabilidad limitada a aquellas sociedades anónimas que, con un capital social minúsculo, podían hasta entonces acogerse, contra toda lógica jurídica y económica, al tipo social capitalista por excelencia.

Pero tampoco podemos desconocer que el origen histórico de la cifra del 10 por 100 como medida de los derechos de la minoría se remonta en algún supuesto (acción social de responsabilidad; en otros casos oscilaba entre el cinco y el veinte por ciento) al Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1947, en el que se exigía a las sociedades anónimas un capital mínimo de cinco millones de pesetas, y que esta cifra de capital no es comparable en pesetas constantes ni siquiera a lo que el doble de la misma representaba en 1989, año de la Ley de Reforma Parcial. Y el más claro ejemplo de ello lo encontramos justo a mitad de camino entre ambas fechas, cuando la Ley de 5 de diciembre de 1968 multiplicó ¡por diez! el capital máximo de las socieda-

des de responsabilidad limitada, que pasó de los cinco millones de pesetas de la Ley de 1953 a los cincuenta millones finalmente suprimidos por la Ley de 1989.

Mucho se ha escrito con ocasión de esta última reforma sobre la exigüidad de la cifra de diez millones de pesetas de capital mínimo exigido por la vigente Ley, lo que no obsta para reiterar de nuevo en esta sede que el desembolso del 25 por 100 con el que se permite la constitución de la sociedad anónima (2.500.000 pesetas), sitúa en estos casos la mayor parte de los derechos de la minoría al módico “precio” de 125.000 pesetas, cifra al alcance de los bolsillos de cualesquiera parientes y empleados a los que la mayoría empresarial y de gestión de la sociedad “premia” su fidelidad permitiéndoles adquirir la condición de socios –y a veces desembolsando ella misma las acciones– y participar así en los resultados económicos de la sociedad.

IV La introducción del concepto de minoría variable y decreciente como una posible garantía de equilibrio entre mayoría y minoría

Los autores de la definitiva reforma que rebajó la proporción que otorga los derechos de la minoría, obviamente necesaria en cuanto las sociedades alcancen una mayor dimensión, olvidaron que el establecimiento uniforme de una cuota proporcional no servía para satisfacer la tutela de una minoría que, al tenor que se eleva la cuantía del capital de la sociedad, crece en forma menos que proporcional. Y lo de olvidar no es una frase hecha, ya que el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de 19 de enero de 1988 había introducido un concepto variable de minoría en función de unos porcentajes decrecientes a tenor de la elevación de la cuantía del capital social, concepto que desapareció –junto con la responsabilidad del socio único– en el Anteproyecto que le sucedió.

En efecto, el art. 8 del mencionado Anteproyecto, bajo la rúbrica de *minoría*, establecía a los efectos de atribuir aquellos derechos de los accionistas no inherentes a la condición de socio, sino a la posesión de una determinada parte del capital social, que por minoría se entiende no un porcentaje o proporción única sino los establecidos en una escala de cinco tramos fijada según la cifra del capital social. Así, en las sociedades anónimas con un capital inferior a los cien millones de pesetas, la minoría sería la del cinco por ciento, si pasa de cien y no llega a quinientos millones el cuatro por ciento, de quinientos a mil millones el tres por ciento, entre mil y diez mil millones el dos por ciento, y a partir de los diez mil millones de pesetas era suficiente con la posesión de un número de acciones por un valor no inferior a doscientos cincuenta millones de pesetas.

Es en esta norma proyectada, donde se reduce por primera vez del diez al cinco por ciento la proporción para atribuir los derechos de la minoría (con la salvedad de algún supuesto, no todos, en el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1979), pero la Exposición de Motivos del Anteproyecto silencia esta cuestión destacando únicamente como innovación de “gran trascendencia [...] la fijación de un concepto legal de minoría llamado a permitir la recta aplicación de los preceptos de la ley que a aquélla se refieren”, atendiendo más según parece a la novedad de la proporcionalidad decreciente en la atribución de los derechos de la minoría o al propio concepto variable de minoría, que a la rebaja sustancial sufrida en la proporción máxima establecida.

Aún discrepando, por excesivamente reducida en las sociedades cuyo capital no llega a superar el doble o poco más el capital mínimo exigido por la Ley, de esta proporción máxima que encabeza la escala decreciente del concepto legal de minoría —y que fue lo único que se conservó de la innovación en el siguiente Anteproyecto del propio Ministerio, en el Proyecto de Ley y finalmente en la Ley

de Reforma Parcial—, es preciso proclamar que el establecimiento de la proporcionalidad decreciente en la posesión de las acciones precisas para la atribución de los derechos de la minoría ha sido el único aunque fallido intento realizado en nuestro Derecho para abordar con racionalidad una parte, por lo menos, de los problemas que suscita la dialéctica entre la mayoría y la minoría en la sociedad anónima, intentando la introducción de un sistema que, correctamente establecido dentro de la inevitable arbitrariedad que supone la fijación de unos concretos porcentajes, permitiera asegurar un cierto equilibrio entre los intereses de una y otra y evitar con ello injusticias o conflictos innecesarios derivados respectivamente del abuso de la mayoría o de la tiranía de la minoría.

Pero es preciso insistir en que este equilibrio, que únicamente puede alcanzarse mediante la introducción del concepto de minoría variable y decreciente, solo será posible si se tienen en cuenta los intereses (sociales) de las dos partes en conflicto. Y a este respecto es forzoso reconocer que la retirada propuesta del Ministerio de Justicia pecaba de favorecer tan sólo la tutela de las minorías, que además de ver potenciado el ejercicio de sus derechos en las medianas y grandes sociedades —cosa que había venido reclamando desde siempre nuestra doctrina mientras el único porcentaje establecido fue el de la décima parte del capital social—, veía incluso cómo también en las sociedades más pequeñas el Anteproyecto doblaba sus posibilidades de ejercitar unos derechos cuya atribución ha de hacerse con la mayor prudencia, sin olvidar que los intereses legítimos de la mayoría también han de ser protegidos contra eventuales actuaciones tiránicas de la minoría que la exigüidad del porcentaje máximo exigido por la norma proyectada —y que es el vigente— permite sin duda alguna fomentar.

Por lo que respecta a la fijación de los demás tramos y porcentajes de la escala, es cierto que también podía ser objeto de la natural discrepancia, en cuanto la fijación de

unos y otros siempre será arbitraria. Pero es obvio asimismo que el establecimiento legal de un concepto variable y decreciente de minoría, por mucho que se perfeccione y por mucho más racional que sea que el mantenimiento a ultranza de la actual ausencia de flexibilidad, tampoco haría desaparecer ni el abuso de la mayoría ni la tiranía de la minoría.

Los conflictos entre mayoría y minoría son conflictos consustanciales a la esencia de la sociedad anónima y de cualquier organismo colegiado que no pueden desaparecer por muchas precauciones legales que se adopten, pero sí pueden reducirse o evitarse parcialmente con una intervención normativa más adecuada a los intereses contrapuestos que se ventilan. Además, es función del legislador el establecimiento de las necesarias cautelas para que tales conflictos entre mayoría y minoría se desarrollen dentro de los límites de la ética y de la buena fe, impidiendo que la defensa de los intereses enfrentados degeneren en el abuso de una y la tiranía de la otra. La introducción del concepto de minoría variable decreciente pretendía avanzar en la búsqueda de este equilibrio y sólo por ello debía dársele una oportunidad.

Pero tampoco hay que olvidar que un mecanismo meramente técnico como el comentado, puede ser necesario pero no suficiente para aspirar a aquel equilibrio que haga más racional y equitativo el ejercicio de los derechos de los accionistas minoritarios y más efectivo el control de éstos sobre el poder de la mayoría a fin de impedir sus abusos. Tal como se ha apuntado en otros lugares de este ensayo, en la primera de estas direcciones acaso no sobraría una declaración legal de que los derechos de la minoría deben ejercitarse –al igual que el poder de la mayoría– respetando los intereses de la sociedad, lo que, aunque superfluo, acaso pudiera contribuir a una mayor ponderación tanto en su ejercicio como en su apreciación por los tribunales; y en la segunda y, sobre todo, debería regularse de una vez la

situación de conflicto de intereses en la adopción de los acuerdos sociales, definitivamente inaplazable desde su introducción en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo del presente año. Sin olvidar, por supuesto, que una regulación poco ponderada de esta materia puede convertir un instrumento que, entre otras funciones, ha de contribuir a impedir el abuso de la mayoría en una nueva arma al servicio de la tiranía de la minoría.

DETERMINACION DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL. CONFLICTOS INTERREGIONALES *

HONORIO ROMERO HERRERO

Notario

91

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO Y NECESIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. **II.** ADQUISICIÓN DE LA VECINDAD CIVIL. **1.** Adquisición por filiación: — *Si los padres tienen la misma vecindad.* — *Si los padres tienen distinta vecindad.* — *Artículo 14-3.º, párrafo tercero, del Código civil.* **2.** Adquisición por intervención del hijo. **3.** Adquisición por matrimonio. **4.** Adquisición por residencia: — *Residencia durante dos años.* — *Residencia durante diez años.* **5.** Presunción en caso de duda. **6.** Adquisición de la vecindad civil por adquisición de la nacionalidad española: — *Casos distintos de*

* Esta ponencia ha sido impartida dentro del curso del Plan Estatal de Formación de Jueces y Magistrados, organizado por la Vocalía de Formación del Consejo General del Poder Judicial.

la carta de naturaleza. — Por carta de naturaleza. 7. Prueba de la vecindad civil. III. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. 1. Ideas generales. 2. Determinación del Régimen Económico Matrimonial hasta la Ley de 15 de octubre de 1990: — Regulación anterior a la reforma del Título preliminar del Código civil. — Reforma del Título preliminar del Código civil por Decreto de 31 de mayo de 1974. — Incidencia de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. 3. Determinación del Régimen Económico Matrimonial tras la modificación del Código civil por Ley 11/1990, de 15 de octubre: — Ley aplicable a los efectos del matrimonio. — Estudio del artículo 9-2 del Código civil. 4. Determinación del Régimen Económico Matrimonial por CAPITULACIONES MATRIMONIALES: — Artículo 9-3 del Código civil. — Las capitulaciones matrimoniales. — Capacidad. — Contenido. — Estudio de las limitaciones. — Forma.

IV. CUESTIONES PRÁCTICAS DE CONFLICTOS INTERREGIONALES. 1. El Régimen Económico Matrimonial y el principio de la fe pública registral. **2.** Estudio del artículo 9-8 del Código civil. **3.** Estudio del artículo 16-2 del Código civil.

I. Planteamiento

Desde la perspectiva adquirida a través del ejercicio de mi profesión de Notario, he podido comprobar cómo en determinados campos del Derecho el legislador no ha llegado a regular parcelas de vital importancia en el tráfico jurídico diario y con ello quedan desprotegidos de la seguridad jurídica ciertos aspectos que la realidad nos muestra frecuentemente.

En especial, llama la atención cómo el Código civil se ha preocupado cuidadosamente de la regulación de las capitula-

ciones matrimoniales como vehículo adecuado para establecer, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio, de su publicidad en el Registro Civil y en su caso en los Registros de la Propiedad y Mercantil. Nuestro legislador ha previsto con la debida diligencia las normas tendentes a regular la incidencia del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito del régimen económico matrimonial. Sin embargo, no ha previsto ninguna forma de hacer constar dicho régimen en los casos en que los cónyuges al contraer matrimonio no hacen manifestación alguna en tal sentido, ya por desconocimiento, ya por despreocupación, y que son mayoritarios en la realidad.

Para desarrollar el estudio del tema encomendado partiré de una referencia a la vecindad civil como elemento esencial a la hora de determinar la ley reguladora de los efectos del matrimonio y del régimen económico del mismo, haciendo una especial referencia a los efectos perturbadores que produce la pérdida automática de la misma por residencia de diez años en otro territorio con distinta legislación civil, y lo deseable que sería la supresión o modificación de esta norma dando entrada a la voluntad de los interesados; reconozco que es un tema cargado de implicaciones políticas y quizás aquí encontremos las principales dificultades.

Tras el breve análisis de la adquisición de la vecindad civil, estudiaremos la determinación del régimen económico matrimonial en su aspecto sustantivo, haciendo referencia a la necesidad de su constancia en el Registro Civil desde el mismo momento de la celebración del matrimonio, como modo de contribuir a la seguridad del tráfico jurídico. Y esta determinación la analizaremos fundamentalmente partiendo del régimen establecido por el Código civil con la reforma del título preliminar por Decreto de 31 de mayo de 1974, la incidencia que tuvo en este punto la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, y por último el régimen de la Ley de 15 de octubre de 1990.

Posteriormente haré referencia a algunas cuestiones prácticas que se plantean en el ámbito de las relaciones interregionales, en especial el régimen económico matrimonial y la fe pública del Registro de la Propiedad y los artículos 9-8 y 16-2 del Código civil.

Necesidad del Régimen Económico Matrimonial

94

Hoy está fuera de toda duda la necesidad de que el ordenamiento jurídico brinde a los que se unen en matrimonio un conjunto de normas reguladoras de las relaciones económicas o patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con terceras personas. Las distintas legislaciones podrán adoptar posturas diversas; admitir el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales reguladoras del régimen económico que los cónyuges estimen adecuado o no hacerlo así; podrán posibilitarlo sólo para antes del matrimonio o también durante el mismo; dar más o menos margen a la autonomía de la voluntad; o, en defecto de capitulaciones matrimoniales, establecer un régimen supletorio... Pero lo que constituye un pensamiento prácticamente común en el Derecho comparado contemporáneo es la necesidad de que la institución matrimonial, para el adecuado cumplimiento de sus fines, tenga facilitado un estatuto-base del ordenamiento económico de la familia, por el que se sepa cómo contribuirán los patrimonios del marido y de la mujer a satisfacer las cargas y necesidades familiares, por el que se sepa la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad, la administración y la facultad dispositiva de los bienes integrantes de aquéllos, por el que se sepa, en fin, la especial y concreta afección de todos los bienes a las distintas situaciones de responsabilidad.

El sistema económico matrimonial del Código civil, se asienta en dos principios formulados en los artículos 1.315 y 1.316, nuevamente redactados por la Ley de 13 de mayo de

1981, y que abren la regulación legal “del régimen económico matrimonial”. El primero afirma la necesidad de un régimen económico en el matrimonio (art. 1.316: “A falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales”). El segundo proclama la libertad de estipulación capitular de dicho régimen (art. 1.315: “El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”). De manera que en nuestro sistema “no existe matrimonio sin régimen matrimonial”, es decir, sin un estatuto de las relaciones económicas o patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con terceras personas. Si los esposos no lo estipulan por sí, a falta de capitulaciones, actúa la Ley imponiendo el modelo legal.

El régimen matrimonial produce sus consecuencias de pleno derecho en el momento de la celebración del matrimonio, quedando entonces establecida la comunidad si procede, iniciando la obligación de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio, etc., y ello ya se trate del régimen legal o de otro pactado en sustitución del mismo.

95

II. Adquisición de la vecindad civil

Elemento esencial para la determinación del régimen económico matrimonial es el concepto de vecindad civil: La vecindad civil es el vínculo que establece el legislador para ordenar, dentro del ámbito del Derecho Interregional, la sujeción de la persona a alguno de los ordenamientos vigentes en España. El artículo 14-1 del Código civil dispone que “la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”, de la que resultará la ley aplicable a las materias regidas por el estatuto personal, y que conforme al artículo 9-1 C.c. “dicha ley regirá la capa-

cidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”.

De conformidad con el artículo 149-1-8 de la Constitución Española, la competencia para la regulación de la vecindad civil corresponde al Estado, ya que atribuye a éste la competencia sobre “reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas” y sobre “las normas para resolver los conflictos de leyes”. El argumento menos jurídico, pero sí de todo punto lógico, es el que apunta hacia la conveniencia de que sea el Estado y no cada una de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, quien regule, con carácter general para todos los territorios españoles, el tema de la vecindad civil. Pensemos en los enormes inconvenientes y en los innumerables conflictos que, en la práctica, habrían de plantearse ante la regulación diferenciada, por parte de cada Comunidad Autónoma, de su propia vecindad civil. Conflictos surgidos, lógicamente, de los muy diferentes planteamientos de política legislativa con que cada territorio partiría a la hora de determinar la adscripción personal de los ciudadanos españoles hacia su respectivo ordenamiento jurídico. Es esta razón de conveniencia, como nos indica CECILIO SERENA, la que, quizás en mayor medida, aboga en favor de la competencia estatal en tan delicada materia.

Adquisición de la vecindad civil. La vecindad civil se adquiere de las siguientes formas:

1. Adquisición por filiación:

Si los padres tienen la misma vecindad, los hijos adquieren la de sus padres. Así, el artículo 14.2 C.c. dice que “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 párrafo 2.º dispone: “Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes”.

Si los padres tienen distinta vecindad al nacer el hijo, o al ser adoptado, la vecindad civil del hijo será (artículo 14-3. C.c.):

1.º La que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes.

2.º En su defecto la del lugar de nacimiento.

3.º Y en último término, la vecindad de derecho común.

En este caso de distinta vecindad civil de los padres y en los supuestos más numerosos que serán los de determinación de la filiación de ambos progenitores a la vez, adquiere especial importancia el lugar de nacimiento como criterio de atribución de la vecindad civil. Este punto de conexión puede ser muy discutible, ya que el lugar de nacimiento puede ser accidental y no tener vinculación con la vecindad, incluso con la residencia, de los padres.

El criterio legal queda matizado por el mismo artículo 14-3.º, párrafo 2.º, C.c.: “Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción”.

97

La regla general es la actuación conjunta de los padres; cuando no haya acuerdo entre ellos entiendo, con ADOLFO CALATAYUD, que no puede acudirse al Juez para que atribuya la facultad de decidir al padre o a la madre, conforme a lo que dispone el párrafo 2.º del artículo 156 C.c., ya que se trata de una decisión de tipo personal de los padres.

La excepción que permite la intervención de uno sólo de los padres, “el que ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad”, debe ser relacionada con los preceptos del Código civil que regulan el ejercicio de la patria potestad, en especial con el artículo 156.

Por otra parte, si bien el artículo 16 de la Ley del Registro Civil sigue estableciendo como principio general que los nacimientos se inscriben en el Registro del lugar en que acaecen, tras la reforma por Ley de 10 de enero de 1991, dispone en su apartado 2.º que “los nacimientos acaecidos

en territorio español, cuando su inscripción se solicite dentro del plazo, podrán inscribirse en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio del progenitor o progenitores legalmente conocidos”, añadiendo que en estos casos “se considerará a todos los efectos legales que el lugar de nacimiento del inscrito es el municipio en que se ha practicado el asiento”.

En este sentido el Real Decreto 1063/1991, de 5 de julio, reforma parcialmente los arts. 68 y 166 del Reglamento del Registro Civil, disponiendo el párrafo primero del citado art. 166 que “el plazo de declaración, será de treinta días cuando se acredite justa causa, que constará en la inscripción”.

98

Artículo 14-3.º, párrafo tercero, del Código civil. “La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos”.

Es una modificación importantísima en relación a la regulación anterior en la que el artículo 14-4 del Código civil disponía que los hijos no emancipados seguían la condición del padre y en defecto de éste la de su madre. Con la nueva regulación los hijos, una vez determinada su vecindad civil, no siguen la de sus padres, ni aun en el supuesto de que éstos lleguen a tener la misma vecindad; ello dificulta la consecución de la unidad familiar en el ámbito de la Ley aplicable a la misma, con los efectos distorsionadores que puede acarrear, especialmente en materia sucesoria.

2. Adquisición por intervención del hijo.

Conforme al artículo 14-3.º, párrafo 4, del Código civil: “En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si

no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal”.

Plantea el precepto la duda de si la asistencia del representante legal debe ser entendida como consentimiento o autorización, o bien como entiende parte de la doctrina aragonesa al interpretar el artículo 5 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en el sentido de equiparar “asistencia” a asesoramiento o consejo. La cuestión es más teórica que práctica ya que si el representante legal está conforme con la decisión del menor no emancipado, le asistirá prestándole el consentimiento, la autorización a la opción elegida; por el contrario si no está conforme, ni le autorizará, ni le asistirá, salvo que por complicar la situación comparezca y manifieste “le asisto a los efectos del artículo 14-3.º, párrafo cuarto, C.c., pero no estoy conforme con su decisión”; en este caso entiendo que la voluntad del menor producirá el efecto deseado.

99

El precepto plantea otras cuestiones. Así, si viven los dos padres deberá ser asistido por ambos, ya que a ellos les corresponde la representación legal; no obstante, bastará la asistencia de uno de ellos cuando sea el que ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad.

Si uno de los padres ha fallecido ¿puede optar el hijo por la vecindad que tenía su padre en el momento del fallecimiento? Se puede decir que el padre fallecido no tiene vecindad civil alguna, sin embargo, la cuestión no es clara y del tenor literal del precepto no se deduce la imposibilidad de esta opción. La expresión “por la última vecindad de cualquiera de sus padres” entiendo no impide una opción por la vecindad civil del padre fallecido.

¿Se puede optar por la vecindad civil del lugar del nacimiento cuando éste conforme al artículo 16-2.º de la Ley del Registro Civil se ha inscrito en el Registro Civil correspondiente al domicilio de los progenitores, o de uno de ellos? Entiendo que no, y ello en base al párrafo 5.º del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil, introducido

por la reforma del R.D. de 5 de julio de 1991, que dispone: "En estas inscripciones se hará constar expresamente, en la casilla destinada a observaciones, que se considera a todos los efectos legales que el lugar del nacimiento del inscrito es el municipio en que se ha practicado el asiento".

3. Adquisición por matrimonio.

La finalidad propia de la Ley de 15 de octubre de 1990 es la eliminación del Código civil de todas las discriminaciones por razón de sexo, y entre ellas figuraba, como más llamativa, la del número 4 del artículo 14 del Código civil. Suprimir este precepto, derogándolo formalmente, ha sido el objetivo principal de la Ley.

El nuevo artículo 14-4 dispone:

100 "El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante cualquiera de los cónyuges no separados, ya legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro".

"El matrimonio no altera la vecindad civil". Esto es, por el mero hecho de la celebración del matrimonio, marido y mujer, caso de estar sometidos a distintos ordenamientos civiles, no verán modificada esta situación y conservarán su respectiva vecindad civil.

Según la exposición de motivos de la Ley, se trata de acatar en la legislación ordinaria, los artículos 14 y 32 de la Constitución Española.

El derecho de opción contemplado en el inciso segundo del art. 14-4 C.c., se establece en aras del principio de unidad familiar. Como dice el precepto se puede hacer "en todo momento", pero ¿se podría hacer por una persona antes de la celebración del matrimonio, optando por la vecindad civil de la otra con la que tiene previsto contraer matrimonio? El texto legal habla de "cónyuges", sin embargo, entiendo puede admitirse la opción anterior matizando lo siguiente:

1.º La opción podría hacerse constar en el propio expediente matrimonial o bien en documento público que tendría acceso al Registro Civil una vez inscrito el matrimonio.

2.º Los efectos de la opción se producirían desde su inscripción en el Registro Civil.

Los efectos de la opción posterior a la celebración del matrimonio son “ex nunc” y no “ex tunc” y el momento del cambio será el de la fecha de la manifestación de la opción ante el encargado del Registro Civil. Manifestación que probablemente sería objeto de nota marginal practicada al efecto en la inscripción del nacimiento.

Que la opción haya de ejercitarse por los cónyuges, o sea, durante el matrimonio, quiere decir también que, fallecido uno de ellos, decae la facultad del supérstite para optar por la vecindad civil del premuerto.

La separación judicial puede plantear múltiples problemas si se la relaciona con esta opción. Imaginemos un aragonés casado con una catalana, que durante el juicio (de separación o divorcio) y antes de recaer la sentencia, opta por la vecindad civil catalana que confiere menos derechos civiles a los hijos comunes a quienes se propone perjudicar con el fin de obtener en su día un mayor beneficio sucesorio para los hijos de un segundo matrimonio y en detrimento de los hijos del primero.

Entendemos, con CECILIO SERENA y MAURICIO MURILLO, que frente a tales dudas y otras semejantes, la presentación de la demanda judicial producirá, entre otros, el efecto de anticipar los pronunciamientos del fallo al momento de la iniciación del litigio con la presentación de la demanda. Incluso para el derecho aplicable, sentencia del T.C. de 20 de diciembre de 1982, la litispendencia produce el efecto que señalamos y que, en el caso que se estudia, detendría a límite litis la facultad de opción de los cónyuges. Esta facultad quedaría eliminada a partir de la fecha de presentación de la demanda.

4. Adquisición por residencia.

El artículo 14 apartado 5 del Código civil dispone:

“La vecindad civil se adquiere:

1.º Por residencia continuada durante dos años siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.

2.º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas”.

Residencia durante dos años.

102

Es una opción estrictamente personal. En el régimen anterior, la opción del marido y padre arrastraba la vecindad civil de su mujer e hijos. Ahora, la mujer ha quedado completamente emancipada y desligada su vecindad de la propia del marido; y, respecto de los hijos, se deja expresamente consignado que el cambio de vecindad de los padres no afectará a la vecindad civil de los hijos.

Consideramos importante el modo de computar el plazo de dos años exigidos, y que creemos ha de efectuarse en favor del optante y en el sentido de que no se precisará hayan transcurrido dichos dos años siendo ya mayor de edad o emancipado, bastando con que lo sea en el momento en que se ejercita la opción; contándose, para completar los dos años precisos para poder ejercitarla, todo el tiempo transcurrido bajo potestad. Por el contrario, el párrafo segundo del artículo 225 del Reglamento del Registro Civil introducido en su reforma de 1977, y que perdura después de la efectuada en 1986 precisa, respecto del otro plazo de diez años a que vamos a referirnos a continuación, que “en el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona”; luego este tiempo no se computa en el de diez, pero sí que se computa en el de dos años.

Imposición de la vecindad civil por la residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Es un principio discriminatorio que implica la pérdida de la vecindad civil de una persona sin su consentimiento, y en la inmensa mayoría de los casos, sin su conocimiento. COSTA, en su libro *La ignorancia de las leyes* puso de relieve la fabulosa ficción sobre la que reposa la sociedad en que vivimos: la de que todos conocemos las leyes; y la llamó “verdadero escarnio” y “la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia”. Pues merced a esa ficción, se ha seguido para una ingente muchedumbre el castigo de perder su propia vecindad. Porque no hay que olvidar que el artículo 225 del Reglamento del Registro Civil dispone que “el cambio de vecindad civil se produce *ipso iure* por la residencia habitual durante diez años seguidos”, “a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario”. O lo que es igual, que la vecindad de la residencia habitual se le impone al emigrante.

La conclusión 5.^a del Congreso de Derecho Civil de Zaragoza del año 1946, ya antes de haberse producido el seísmo poblacional a que aludimos, proponía la nueva regulación que había de contener la Ley de relaciones interregionales, que “en ningún caso será adquirida nueva vecindad civil por la simple residencia o vecindad administrativa y sin declaración expresa del sujeto, la cual deberá ser inscrita en el Registro Civil y anotada en las actas de nacimiento y matrimonio”. En el Congreso de 1981, también en Zaragoza, se tuvo muy presente el fenómeno migratorio y su conclusión 5.^a, a la par que propugna la conservación de los criterios del Código civil sobre adquisición y pérdida de la vecindad civil, pide se completen “con la posibilidad de recuperar la vecindad de origen, que se haya perdido automática o voluntariamente, mediante un procedimiento senci-

llo y flexible que no exija nueva residencia en el territorio de origen”.

El Justicia de Aragón, en el informe anual correspondiente al año 1990, ha propugnado, pura y simplemente, la supresión de este precepto manteniendo la adquisición por residencia únicamente para el caso de la opción ya estudiada. El número de aragoneses emigrantes a otros lugares de España es muy elevado y muchos de ellos pierden la vecindad aragonesa sin saberlo y sin quererlo: el automatismo de la pérdida de la vecindad civil por residir diez años en otros lugares de España resulta claramente censurable. Por otra parte, añade el informe, parece oportuno establecer un procedimiento sencillo por el que puedan recuperar su vecindad de origen quienes la perdieron sin saberlo.

5. Presunción en caso de duda.

104

El artículo 15-6 dispone que: “En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”.

En relación al lugar de nacimiento, nos remitimos a lo dicho anteriormente.

6. Adquisición de la vecindad civil por adquisición de la nacionalidad española.

La Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad, da una nueva redacción al artículo 15, regulador de la atribución de la vecindad civil al extranjero que adquiriera la nacionalidad española, y distingue dos supuestos:

1. *Para los casos de adquisición de la nacionalidad española distintos de la carta de naturaleza*, es decir, los de adquisición por opción (artículos 19 y 20 C.c.) y por residencia (artículo 22 C.c.), el apartado 1.º dispone lo siguiente:

“El extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes:

- a) La correspondiente al lugar de residencia.
- b) La del lugar de nacimiento.
- c) La última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes.
- d) La del cónyuge.

Esta declaración de opción se formulará, atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, por sí y asistido de su representante legal, o por éste último. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se va a optar”.

2. *Para la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza*, el artículo 15-2 C.c. dispone:

105

“El extranjero que adquiera la nacionalidad por carta de naturaleza tendrá la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta la opción de aquél, de acuerdo con lo que dispone el apartado anterior u otras circunstancias que concurren en el peticionario”.

7. Prueba de la vecindad civil.

Como dice MAURICIO MURILLO, la conexión entre vecindad civil y Registro Civil es muy débil, más aún si cabe que la conexión nacionalidad y Registro. La prueba de la vecindad, salvo que conste marginalmente anotada a la inscripción de nacimiento por existir una declaración de voluntad relativa a una opción de vecindad civil, una atribución de la misma, una declaración de adquisición por residencia continuada de dos años o declaración de no adquisición antes de los diez años, es muy difícil, ya que la adquisición de la vecindad opera de modo automático sin necesidad de

inscripción registral ni de requisito complementario alguno, por lo que nos movemos en un terreno marcado por la inseguridad.

Los medios de prueba son:

1. Sentencia judicial firme que declara una determinada vecindad civil.

2. Los hechos que se constaten en las inscripciones registrales (artículos 46 y 64 de la Ley del Registro Civil y 226, 227 y 229 de su Reglamento).

3. La presunción legal del artículo 68 de la Ley de Registro Civil, por el que se presume que tienen una vecindad civil los nacidos en territorio afecto a una especialidad civil de padres que tengan esa misma vecindad.

4. Las declaraciones con valor de simple presunción del artículo 96-2 de la Ley de Registro Civil y las actas de notoriedad del artículo 209 del Reglamento Notarial.

106 Según el tenor literal del artículo 96 de la Ley de Registro Civil, “en virtud de expediente gubernativo puede declararse con valor de simple presunción... 2.º La nacionalidad, la vecindad o cualquier estado si no consta en el Registro”.

Este medio de prueba, más atenuado que los anteriores, puede suplir las carencias que sobre el acceso de la vecindad civil al Registro presenta la legislación actual, colocándose a mitad de camino entre una declaración jurada del interesado y una sentencia declarativa de estado, regulándose el expediente en los artículos 335 a 340 del Reglamento del Registro Civil.

III. Determinación del Régimen Económico Matrimonial

1. Ideas generales.

La determinación del Régimen Económico Matrimonial es una cuestión de extraordinaria importancia práctica que no ha merecido especial atención de la doctrina, ni mucho menos por parte del legislador. El problema deriva de la pluralidad legislativa civil existente en España y de la posibilidad de que en determinadas relaciones jurídicas, intervengan elementos regidos por distintas legislaciones.

El Derecho debe ofrecer un marco legislativo en el que se tengan en cuenta todos los aspectos que confluyen en la regulación del régimen económico matrimonial, a fin de que éste sea un elemento que contribuya a la seguridad del tráfico, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí, ya con terceros. Y es de destacar, en nuestro ordenamiento jurídico, la preocupación del legislador de regular la incidencia del principio de la autonomía de la voluntad en el régimen económico matrimonial a través de una adecuada regulación de las capitulaciones matrimoniales, tanto en su aspecto sustantivo, como en la publicidad de las mismas en el Registro Civil, y en los Registros de la Propiedad, Mercantil, y otros, en su caso. Sin embargo, nuestro legislador ha descuidado por completo la regulación de la determinación del régimen económico matrimonial en los supuestos mayoritarios en la práctica, esto es, cuando en el momento de la celebración del matrimonio, los contrayentes no están pensando en cuál va a ser el régimen económico de su matrimonio, qué principios y qué disposiciones van a determinar si los bienes serán privativos o comunes, cómo los van a gestionar y disponer, de qué forma responderán, etc., en una palabra, desconocen por completo el estatuto jurídico que va a regir su matrimonio en el aspecto patrimonial, esencial en las relaciones entre ellos y con terceros.

Por ello quiero destacar aquí el vacío legislativo existente en esta materia. El legislador nos dice cuál será el régimen económico del matrimonio en el momento de la celebración, pero nada más. Por ello, en la práctica, los profesionales del Derecho, en muchas ocasiones, tenemos que formular preguntas y preguntas a los interesados a fin de determinar, en primer lugar, su vecindad civil, y como consecuencia de ella, cuál es el régimen económico de su matrimonio. Todo basado en meras manifestaciones que en muchos casos, sobre todo en regiones fronterizas con regímenes dispares como Aragón y Cataluña, las sorpresas de los cónyuges que acuden a nuestros despachos son más frecuentes de lo que pudiera pensarse. En varias ocasiones me he encontrado con matrimonios aragoneses emigrados a Cataluña que presentan escrituras de compraventa adquiriendo para su sociedad conyugal si la han formalizado en Aragón, o bien por mitad, alegando el régimen de separación de bienes, si la escritura o el documento adquisitivo se ha otorgado en Cataluña.

El legislador debe resolver esta cuestión con la debida diligencia. Es un aspecto esencial en el tráfico jurídico y por ello no puede dejar pasar más tiempo sin afrontar este tema.

Y para ello hay que partir de un principio básico:

Necesidad de que el régimen económico matrimonial, ya sea el pactado, ya sea el legal supletorio, se haga constar en el Registro Civil en el momento de la celebración del matrimonio. Con ello se cumplen dos finalidades:

1.^a Los contrayentes, a través del expediente matrimonial, ya se han informado de que la vecindad civil y el régimen económico de su matrimonio son cuestiones importantes que deberán tener en cuenta en su condición de sujetos de las distintas relaciones jurídicas en que intervengan.

2.^a Los terceros que estén interesados en conocer el régimen económico del matrimonio, bastará con que soliciten información del Registro Civil para estar adecuadamente informados.

No resultaría nada complicado añadir en el expediente matrimonial un apartado referente a la vecindad civil de los contrayentes y su régimen económico matrimonial. Ello clarificaría muchas situaciones, elevaría la cultura jurídica de la sociedad en general y contribuiría al logro de la seguridad jurídica, mediante la determinación de la norma aplicable a la relación planteada, y no como sucede en muchos casos actualmente, tanto en el aspecto familiar como en el sucesorio, en que a un aragonés se le aplica la ley catalana, o al contrario, y esto es como ya he dicho en más de una ocasión, como si a un alemán se le aplicara la ley francesa.

Por ello es esencial que en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil se haga constar el régimen económico del matrimonio, ya desde el momento de la celebración, y no sólo cuando existan capitulaciones matrimoniales, sino en todos los casos. Para conseguir esta finalidad, con los efectos favorables apuntados, es preciso modificar la Ley en el sentido de que en el propio expediente matrimonial, tramitado ante el Juez o funcionario competente, o bien uniendo al expediente la documentación que se estimase conveniente, como por ejemplo un acta notarial, se haga constar el régimen económico del matrimonio determinado en base a los datos aportados por los contrayentes relativos a su vecindad civil, y a lo dispuesto, lógicamente, en la Ley.

109

2. Determinación del Régimen Económico Matrimonial hasta la Ley de 15 de octubre de 1990.

Regulación anterior a la reforma del Título preliminar del Código civil.

Con anterioridad a la reforma del título preliminar del Código civil, era necesario acudir al artículo 1.325 del citado texto para proceder a determinar la ley aplicable al régimen matrimonial de bienes en el ámbito del Derecho internacional privado. Dicho artículo disponía: "Si el ca-

samiento se contrajera en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes en relación a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen de Derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles”.

110

Como puso de relieve GONZÁLEZ CAMPOS, se trata de una norma de conflicto “sui generis” por la forma en que procede a designar la consecuencia jurídica, pues no se remite con carácter general a la ley personal del cónyuge varón sino concretamente a su régimen de Derecho común. Daba respuesta no sólo a los conflictos propiamente internacionales sino también respecto de los interregionales. La primacía atribuida al Derecho común respondía a la misma filosofía inspiradora del artículo 1.317. C.c.

Por ello, con anterioridad a la reforma del título preliminar del C.c., la ley personal del marido, su vecindad civil, es la que determinaba, a falta de pacto, el régimen económico del matrimonio, en los supuestos en que los cónyuges, en el momento de contraer matrimonio tuviesen, lógicamente, distinta vecindad civil.

Reforma del Título preliminar del Código civil por Decreto de 31 de mayo de 1974.

La determinación del régimen económico del matrimonio venía regulada en el Código civil en el artículo 9, párrafos 2.º y 3.º, que fue objeto de reforma, junto al Título preliminar, por Ley de 17 de marzo de 1973 la cual estableció unas bases y concedió una autorización al Gobierno para desarrollarlas y redactar el texto definitivo que, en efecto, se concretó y articuló por el Decreto número 1.836 de 31 de mayo de 1974.

Artículo 9-2.º “Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración”.

Artículo 9-3.º “Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional”.

Y el artículo 16-1.º disponía y sigue disponiendo: “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 las siguientes particularidades:

- 1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil.
- 2.ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público”.

111

Es decir, dentro del ámbito de la determinación del régimen económico matrimonial en los conflictos interregionales, cuando el artículo 9 habla de la nacionalidad, debemos entender hecha la referencia a la vecindad civil, conforme al artículo 16.1.º

De los preceptos expuestos deducimos los siguientes principios:

- 1.º El Código civil distinguía entre relaciones personales, patrimoniales y régimen económico matrimonial.
- 2.º Las relaciones patrimoniales se determinaban:
 - a) Por las capitulaciones matrimoniales permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges.
 - b) En su defecto, o por insuficiencia, por la misma ley que las relaciones personales.

Y ya hemos visto que las relaciones personales se rigen por la última ley común durante el matrimonio, y en su

defecto, por la ley del marido al tiempo de la celebración. Es decir, las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio, caso de no existir capitulaciones matrimoniales, se regían por la vecindad civil del marido en todo caso, y si ésta cambiaba, también variaba la vecindad civil de la esposa, hijos y las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio.

3.º El régimen económico del matrimonio, a falta o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges, era el determinado por la ley de la vecindad civil del marido en el momento de la celebración del matrimonio.

4.º El régimen económico del matrimonio no variaba por el cambio de vecindad civil del marido, salvo pacto no impedido por la nueva ley.

112 *Incidencia de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.*

A la entrada en vigor de la Constitución nos encontramos en el Código civil con los siguientes preceptos de vital importancia en esta materia:

Artículo 14-4: “La mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre, y en defecto de éste, la de su madre”. Y los artículos 9-2, 9-3 y 16-1 del C.c., ya referidos, que proclaman la vecindad civil del marido como determinante de la Ley reguladora de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio en el ámbito del Derecho interregional.

El artículo 14 de la Constitución dispone: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Una lectura superficial de los expresados textos, en concreto del artículo 14-4 del Código civil y del artículo 14 de la Constitución, nos plantea dos cuestiones:

1.^a Carácter constitucional o no del artículo 14-4 del Código civil. Para la mayoría de la doctrina el artículo 14-4 C.c. es inconstitucional, es contrario a la prohibición de discriminación ante la Ley por razón de sexo, establecida en el artículo 14 de la Constitución. En sentido contrario DÍEZ DEL CORRAL RIVAS mantiene que no es anticonstitucional porque no contiene una discriminación propiamente dicha en contra de la mujer, sino una discriminación formal o apariencia de discriminación, ya que la sujeción de la mujer y de los hijos a la vecindad civil del marido y del padre no es sino un recurso técnico de carácter neutro para determinar la Ley aplicable a ciertas relaciones jurídicas, que no prejuzga si dicha Ley será favorable o desfavorable a los intereses de unos y otros; por lo que no cabe hablar de discriminación.

2.^a Eficacia derogatoria directa de la Constitución. La mantiene el profesor RODRIGO BERCOVITZ en base al artículo 53-2 y la disposición derogatoria, apartado tercero de la misma. Y el mismo criterio sostiene el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 20 de diciembre de 1982, de acuerdo con la cual, el artículo 14 de la Constitución derogó de inmediato el antiguo artículo 137 del Código civil, por ser contrario a la igualdad de todos los españoles por razón de matrimonio.

En el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1979 y 10 de febrero de 1986 (recaída ésta en un supuesto de preterición de hijo extramatrimonial) declaran aplicables directamente, sin necesidad de previo desarrollo legislativo, los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales de la persona.

El problema en la práctica es muy importante. Pensemos en el régimen económico matrimonial de castellano y catalana casados en el año 1980. O bien en el testamento mancomunado otorgado por aragonés y castellana casados ese mismo año.

Es fácil argumentar que al disponer el artículo 14-4 del Código civil que la mujer sigue la vecindad civil del marido, choca con el artículo 14 de la Constitución por implicar una discriminación por razón de sexo. Y como consecuencia de esta inconstitucionalidad y de la aplicación directa e inmediata de la Constitución, sin previo desarrollo legislativo, el artículo 14-4 C.c. quedó derogado y por tanto el marido y la mujer conservarán su propia vecindad civil al contraer matrimonio. Sin embargo, nos encontramos con los primeros problemas a la hora de dotar al matrimonio de un régimen económico matrimonial y a los hijos de una vecindad civil, y para solucionarlos algunos autores recurren, conforme al artículo 16-1 C.c., a las normas contenidas en el capítulo IV del Título preliminar relativas al Derecho internacional privado. Y en estas normas nos volvemos a encontrar con un trato discriminatorio de la mujer con relación al marido, así el artículo 9, números 2 y 4 del C.c. y el número 3 por remisión al 2.

También hemos de tener en cuenta el artículo 32-1 de la Constitución que dispone: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.” Y ello no sólo hay que considerarlo en relación al acto matrimonial, a la capacidad de contraer, sino que hay que analizar y estudiar la relación jurídica y los efectos que emanan del acto. El artículo 32-1 de la Constitución nos dice que entre los cónyuges no puede existir una disparidad de estatuto jurídico. Igualdad significa necesariamente reciprocidad, completa situación paritaria. Y como nos dice el profesor PRIETO PIERLINGIERE, no existe ninguna justificación para atribuir a uno u otro, abstractamente, posiciones de preponderancia o de subordinación. Y no sólo en el momento inicial de la familia, sino especialmente en el momento de la ejecución de la relación familiar. A este propósito, también el artículo 66 del Código civil cuando dispone “el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes” no hace más que repetir el principio constitucional del artículo 32-1.

Del artículo 32-1 de la Constitución deducimos que los cónyuges para contraer matrimonio con plena igualdad jurídica deben estar sometidos a una única legislación. Cuestión que no se plantea si son de una misma vecindad civil. Si por el contrario, cada uno de los cónyuges tiene distinta vecindad civil, es necesario poner en marcha los mecanismos legales existentes para conseguir esa finalidad de dotar a ambos cónyuges, a la familia matrimonial, de una única regulación legal con la cual conseguir la igualdad constitucional. Criterio que, como veremos posteriormente al hablar del régimen económico matrimonial tras la reforma de la Ley de 15 de octubre de 1990, y que también comprobamos al referirnos a la vecindad civil, no ha seguido la citada Ley.

La finalidad que perseguía el artículo 14.4 del Código civil estaba amparada plenamente en el artículo 32-1 de la Constitución. El artículo 14-4 C.c. no pretendía más que dotar a la familia matrimonial de un único régimen jurídico, y para ello utilizó un mecanismo tradicional como es el que la mujer siga la condición del marido. Y es precisamente este criterio el que no resulta acorde con el artículo 14 de la Constitución, ya que contiene una discriminación por razón de sexo. Luego no era el artículo 14-4 del Código civil el que vulneraba el artículo 14 de la Constitución, sino el punto de conexión elegido para dotar a la familia de un único régimen legal.

Nos encontramos ante un círculo vicioso jurídico producido por un desajuste entre los preceptos constitucionales y la regulación del Código civil. Y es un problema que, como decía anteriormente, en la práctica se presenta con frecuencia. Desde la entrada en vigor de la Constitución hasta la Ley de 15 de octubre de 1990 hay un período muy amplio de tiempo en el que los matrimonios contraídos por personas con distinta vecindad civil, se encuentran con una situación de discutible solución. Pensemos en matrimonio contraído por aragonés y catalana que se casan el año 1980,

fijando su residencia en Zaragoza, donde otorgan testamento mancomunado el mismo año; las preguntas que como juristas nos debemos hacer son claras:

1.^a ¿Conserva la esposa su vecindad civil? La mayoría de la doctrina ha dicho que sí. Yo personalmente tengo mis dudas, dado el círculo vicioso que se produce de mantener esta posición. Que pierda su vecindad para adquirir la del marido por el hecho de contraer matrimonio está claro que vulnera el artículo 14 de la Constitución. Sin embargo, sostener que conserva su propia vecindad civil nos conduce al círculo vicioso apuntado y que aquí relacionamos con las dos siguientes preguntas.

116

2.^a ¿Cuál es el régimen económico del matrimonio? Podríamos decir bien, que la mujer conserva su vecindad civil catalana, pero que el régimen económico del matrimonio es el determinado por la ley de la vecindad civil del marido, la aragonesa. Con esta solución “dulcificamos” la inconstitucionalidad de los preceptos estudiados, ya que el art. 14-4 C.c. ya no produce el efecto en él proclamado de la pérdida de la vecindad civil de la mujer, pero sin embargo, mantenemos la vecindad civil del marido como “punto de conexión” a la hora de dotar al matrimonio de un régimen económico matrimonial y a los hijos, aunque ahora no nos estamos refiriendo a este tema de la vecindad civil de su padre.

Con esta solución “salvamos” a la mujer de la condena que le imponía el artículo 14-4 C.c. de perder su vecindad civil y adquirir la de su marido al contraer matrimonio, y mantenemos el punto de conexión de la vecindad civil del marido como determinante del régimen económico del matrimonio y de la vecindad civil de los hijos. Se produce, como digo, una “dulcificación” del choque inconstitucional del Código civil en esta materia.

3.^a ¿Derechos sucesorios de los cónyuges? Siguiendo con el criterio mantenido en el punto anterior, es decir, que cada cónyuge conserva su propia vecindad, el siguiente “de-

sajuste” se produce en el ámbito sucesorio y aquí tanto desde el aspecto sustantivo como formal:

a) Sustantivamente, si decimos que el marido aragonés y la esposa catalana conservan su propia vecindad civil, ésta será la que determine la ley de su sucesión, y mientras la Compilación aragonesa concede al viudo el usufructo de viudedad universal, los derechos que al cónyuge viudo atribuye la Compilación catalana, hoy Código de Derecho de Sucesiones de Cataluña, son el año de luto, la tenuta y la cuarta vidual. Con lo cual la igualdad que proclama el artículo 32-1 de la Constitución brilla por su ausencia.

b) Formalmente, si el aragonés y la catalana han formalizado testamento mancomunado en su lugar de residencia, Zaragoza, el año 1980, ¿qué efectos produce? En principio el testamento es nulo de pleno derecho porque únicamente pueden otorgar testamento mancomunado los cónyuges aragoneses (artículo 94-1.º de la Compilación). Podría mantenerse la sanación de este testamento si en el momento del fallecimiento de la esposa, ésta ostentaba la vecindad civil aragonesa, pero el tenor literal de la Compilación es muy claro y no parece permitir esta posibilidad.

Concluiré este punto manteniendo mi posición consistente en la aplicación del artículo 14-4 del Código civil hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1990, de 15 de octubre basándome en los siguientes argumentos:

1.º El art. 14-4 C.c. vulnera lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, pero la aplicación directa e inmediata de ésta nos sitúa en un vacío legislativo que atenta al principio de la seguridad jurídica.

2.º El preámbulo de la Ley de 15 de octubre de 1990 que dice: “el Código Civil sigue acogiendo mandatos cuyo contenido es contrario a la plena efectividad del principio de igualdad subsistiendo preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran o una preferencia o un trato inadecuado por razón de sexo”.

Y continúa: “La presente Ley pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad”.

3.º La disposición transitoria de la misma Ley dispone: “La mujer casada que hubiera perdido su vecindad por seguir la condición del marido, podrá recuperarla declarándolo así ante el Registro Civil en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley” (la Ley se publicó en el B.O.E. el día 18 de octubre de 1990). Es decir, el legislador parte de que la mujer, al contraer matrimonio, perdía su vecindad civil y adquiría la de su marido; si bien también podría objetarse que el legislador está pensando en los matrimonios anteriores a la Constitución, pero no distingue y por ello me inclino por el criterio que se refiere a todos los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, y a mi juicio, quedaron excluidos los anteriores a la Constitución cuya relación se regía por una normativa distinta, ya vista.

118

3. Determinación del Régimen Económico Matrimonial tras la modificación del Código civil por Ley 11/1990, de 15 de octubre.

La nueva regulación suprime la distinción anterior entre efectos personales y efectos patrimoniales del matrimonio, y diferencia ahora los efectos del matrimonio (artículo 9-2 C.c.) y los pactos o capitulaciones matrimoniales (artículo 9-3 C.c.).

Ley aplicable a los efectos del matrimonio.

El párrafo primero del artículo 9.2 C.c. dispone: “Los efectos del matrimonio se registrarán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico

otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

Del precepto transcrito haremos las siguientes consideraciones:

1.^a Los criterios de determinación de la Ley aplicable a los efectos del matrimonio son excluyentes. Esto es, si ambos cónyuges tienen la misma vecindad civil no pueden elegir como ley aplicable a los efectos de su matrimonio la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos o la ley del lugar de celebración del matrimonio. Salvo el supuesto de vecindad civil distinta en que tienen la facultad de elegir en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio, la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos.

2.^a La ley aplicable a los efectos del matrimonio, una vez determinada en el momento de la celebración, es inmutable y no puede modificarse, ni aunque ambos cónyuges adquieran una nueva y misma ley personal, ni aunque haya pacto expreso a favor de esa nueva ley personal o a favor de otra, ya que expresamente se ha limitado la posibilidad de pactar al tiempo anterior a la celebración del matrimonio. Esta inmutabilidad, aunque es la solución que parece desprenderse del texto del precepto, resulta excesiva, y va en contra de las modernas tendencias en el Derecho comparado. Así, en el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en México, se propuso la conveniencia de admitir la posibilidad de que los cónyuges pudieran modificar la ley reguladora de los derechos derivados del matrimonio cuando cambiara su ley personal, eligiendo una en conexión con su nueva situación.

ADOLFO CALATAYUD propone que quizás podría defenderse que el artículo 9-2 C.c. no excluye de un modo expreso la posibilidad de modificación de la Ley reguladora de los efectos del matrimonio; únicamente, no la regula. A la posi-

bilidad de su cambio se llegaría por aplicación del principio general contenido en el artículo 9-1 C.c. que remite a la ley personal las cuestiones familiares, de donde podría deducirse que si la ley personal cambia, también debe cambiar la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Por el contrario, el régimen económico matrimonial seguiría sin ser afectado por el cambio de ley personal, salvo pacto, ya que, aunque hoy no lo dice expresamente el artículo 9, a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma, dicha inmutabilidad la podemos considerar como un principio general del Derecho. No obstante, el propio ADOLFO CATALAYUD pone en duda la seguridad de esta interpretación, por lo que habrá que seguir aplicando el principio de la inmutabilidad, como pone de manifiesto CECILIO SERENA.

3.^a Se produce la desvinculación entre la ley reguladora de los efectos del matrimonio y el régimen económico matrimonial que resulta de la nueva legislación, ya que los cónyuges sí que podrán modificar éste, siempre que sea posible con arreglo a alguna de las leyes a que se refiere el artículo 9-3 C.c. El régimen económico matrimonial pactado se seguirá rigiendo por la Ley reguladora de los efectos del matrimonio, si bien podría pactarse la sumisión a un régimen económico matrimonial regulado por otra ley; lo que sucede es que, aun así, la ley que regirá los efectos del matrimonio seguirá siendo la misma.

Estudio del artículo 9-2 del Código civil.

La ley aplicable a los efectos del matrimonio será, por este orden, la siguiente:

1. La ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo.
2. La ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio.

El término “documento auténtico” está abocado a dificultades interpretativas. No obstante, entiendo se aplicarán los requisitos formales de las capitulaciones matrimoniales, requiriendo escritura pública.

La elección debe hacerse, como dice el precepto, antes de la celebración del matrimonio. Y debe optarse entre la ley personal o la de la residencia habitual de cualquiera de ellos.

3. La ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

Este punto plantea la siguiente cuestión. Pensemos en matrimonio de aragonés y catalana, no pactan nada y fijan su residencia el marido en Huesca y la esposa en Zaragoza. La ley que rige los efectos del matrimonio será la del lugar de su celebración, ya que el tenor literal del precepto habla de “la ley de la residencia habitual común” que no es lo mismo que “ley común aplicable a sus residencias”.

4. La ley del lugar de celebración del matrimonio.

Este lugar es absolutamente insignificante como punto de conexión y ha sido muy criticado por la doctrina.

Por otra parte, en los casos de matrimonio secreto o de conciencia (artículo 267 R.R.C.) celebrado de forma civil o religiosa y que se inscriba en el Registro Central Especial, conforme al artículo 99-3 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, ¿cuál es el lugar de celebración?, ¿el de la formalización del matrimonio, o bien el del lugar del Registro Civil en el que se inscribe? El artículo 60 del C.c. dispone: “El matrimonio celebrado según las normas de Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles”. El artículo 61 del C.c. en el párrafo primero nos dice: “El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración”. Y en su párrafo segundo: “Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil”. De estos preceptos deducimos que el lugar de celebración del matrimonio será el de la formalización del mismo, ya sea en forma civil o religiosa, si bien no se ha

inscrito en el lugar que determina el artículo 68 del R.R.C., que es el de su celebración.

A pesar del rosario de criterios establecidos por el artículo 9-2 del Código civil para determinar la ley que regirá los efectos del matrimonio, el texto ha dejado sin efectos el matrimonio contraído por un catalán y una aragonesa, que no han pactado nada antes de contraerlo, y su residencia habitual después de la celebración es distinta, uno en Barcelona y la otra en Huesca, y el matrimonio se ha celebrado en París. Para evitar que en este caso a un matrimonio entre españoles se aplicara una ley extranjera, el artículo 16-3.º C.c. dispone:

“Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil.

122 En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación”.

El primer párrafo consagra para estos casos la aplicación del Derecho común. Los defensores de esta solución alegan que en estos casos no existe ningún otro punto de conexión común al que acudir.

En cuanto al segundo párrafo, se refiere al supuesto de que las leyes personales de ambos cónyuges al tiempo de celebrarse el matrimonio previeran el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Sería el caso del matrimonio entre catalán y mallorquina. La solución que da la norma es considerar aplicable el régimen económico matrimonial de separación de bienes, pero según las normas del Código civil. A todos los demás efectos del matrimonio se les aplicarán las normas del Derecho común.

Para terminar este punto indicaremos que estamos de acuerdo con la tesis doctrinal que mantiene que esta norma sólo se aplicará a los matrimonios celebrados a partir de la entrada en vigor de la Ley de 15 de octubre de 1990.

Favorecer la retroactividad nos llevaría a una problemática de imposible solución.

4. Determinación del Régimen Económico Matrimonial por CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

El artículo 1.315 del Código civil dispone que “El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”.

Y el artículo 1.325 del Código civil nos dice que “En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”.

En este punto únicamente haré referencia a las capitulaciones matrimoniales como medio de determinación del régimen económico matrimonial, y no a la modificación o sustitución de ese régimen a través de las mismas. En consecuencia, estudiaremos las capitulaciones matrimoniales “estipuladoras” del régimen económico del matrimonio, y ello sólo es posible en la fase anterior a la celebración, porque una vez celebrado ya existe un régimen económico, bien sea el pactado, bien el legal supletorio, y entonces las capitulaciones matrimoniales no tienen la función de determinar, de “estipular” el régimen económico, sino como dice el artículo 1.325 del Código civil la de “modificar o sustituir”, el existente.

Recordemos que conforme al Código civil, en su redacción originaria, sólo era posible otorgar capitulaciones antes de la celebración del matrimonio. Por Ley de 2 de mayo de 1975 se permite que puedan ser otorgadas antes o después de celebrado el mismo, pero otorgadas antes, el artículo 1.334 del Código civil dispone “todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año”.

El artículo 9-3 del Código civil dispone: “Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”.

La reforma ha ampliado el elenco de leyes en virtud de las cuales se pueden celebrar las capitulaciones matrimoniales. Antes eran válidas si las permitía la ley personal de cualquiera de los cónyuges. Tras la reforma, serán válidas si son conformes a la ley que rija los efectos del matrimonio, a la ley personal o a la de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

Cuando dos personas de distinta vecindad civil van a contraer matrimonio y quieren otorgar capitulaciones matrimoniales, hemos de tener especial cuidado a fin de distinguir en el documento dos aspectos esenciales:

1.º El pacto en virtud del cual determinan, conforme a los puntos de conexión establecidos en el artículo 9-2 del Código civil, cuál va a ser la ley que regula los efectos de su matrimonio.

2.º El pacto por el que establezcan el régimen económico de su matrimonio.

Si únicamente fijan el primer punto, el régimen económico del matrimonio será el legal supletorio previsto en la ley a la que han sometido los efectos de su matrimonio. Si solamente pactan el régimen económico matrimonial, la ley que rige los efectos de su matrimonio se determinará conforme a los criterios ya vistos del artículo 9-2 del Código civil.

Las capitulaciones matrimoniales.

La naturaleza de las capitulaciones matrimoniales es contractual. Su posibilidad es una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad: el Código civil las regula

en el libro IV “De las obligaciones y contratos”, en diversos preceptos se sigue hablando de “pactos” y “estipulaciones”, y el artículo 1.335 del Código civil se remite a las reglas generales de los contratos para regular su validez.

Es un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin regular, en el aspecto económico, la relación jurídica matrimonial. Si falta el matrimonio no es que falte, meramente, una *conditio iuris* sino que falta el objeto y causa mismos de las capitulaciones.

Las capitulaciones matrimoniales han constituido una institución de especial arraigo práctico en los territorios de Derecho foral, sobre todo en las zonas rústicas. Se caracterizan por la mayor riqueza de su contenido: no es sólo objeto de las capitulaciones el régimen económico conyugal sino el régimen económico y sucesorio de la familia que con el matrimonio se continúa. En estos territorios se observa hoy una progresiva decadencia de la institución. A la vez se ha producido en todas partes, también en territorio de Derecho común, un cierto auge de las capitulaciones (casi siempre para establecer el sistema de separación). Con frecuencia se otorgan en previsión, o como consecuencia de la crisis económica de uno de los cónyuges, para evitar que queden sujetos a la acción de sus acreedores las ganancias y bienes del otro cónyuge. También son frecuentes las otorgadas en las situaciones de crisis del matrimonio.

125

Capacidad.

El artículo 1.329 del Código civil dispone: “El menor que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación”.

¿Desde qué edad pueden los menores otorgar capitulaciones matrimoniales? Desde que con arreglo a la Ley pue-

dan casarse, es decir, desde que fueren emancipados (artículo 46-1 del Código civil) o, de no estar emancipados, desde que obtuvieran la dispensa del impedimento de edad (artículo 48 párrafo segundo del Código civil).

Es importante destacar que, aunque el sujeto sea menor, la voluntad esencial para las capitulaciones es la voluntad personalísima del menor. Los padres, tutores o curadores, sólo intervienen, en su caso, completando la capacidad del menor. El “concurso y consentimiento” constituyen también, a su vez, una decisión de carácter personalísimo sobre un proyecto concreto de capitulaciones; no cabe, pues, que padres o tutores apoderen a un tercero para que éste decida sobre las estipulaciones que han de constituir el contenido de las capitulaciones (S.T.S. 1-julio-1955).

126

¿Qué trascendencia tiene, en su caso, la falta de concurso y consentimiento? Según la sentencia de 1-julio-1955, se produce la nulidad absoluta de las capitulaciones. Tras la reforma de 1981 no hay duda de que procede la anulabilidad, pues, en general, “la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos (artículos 1.335 y 1.300 y siguientes del Código civil).

El artículo 1.330 del Código civil dispone: “El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su representante legal y, en su caso, autorizado por el consejo de familia”.

En cuanto a los declarados pródigos, habrá de estarse a las determinaciones de la sentencia (artículo 298 del Código civil) de la que puede desprenderse que el declarado pródigo no pueda otorgar capitulaciones sin el consentimiento del curador (el declarado pródigo no está sujeto a representante legal).

El artículo 1.330 exige que el representante legal sea “en su caso, autorizado por el consejo de familia”. ¿Qué significa la expresión “en su caso”? Que la autorización complementaria del consentimiento del representante legal sólo es exigida cuando los incapacitados están sujetos a un organis-

mo de protección del que sea pieza el consejo de familia, es decir, cuando están sometidos a tutela; y, en cambio, no se exige tal autorización, ni otra sustitutoria, cuando el representante legal del incapacitado sea el titular o titulares de la patria potestad prorrogada (artículo 171 del Código civil).

Hoy, como por Ley de 24 de octubre de 1983, que reforma el régimen de la tutela, ha desaparecido la figura del consejo de familia, ha de considerarse que la exigida autorización de éste ha quedado sustituida por la autorización judicial.

En el supuesto de curatela, los incapacitados sometidos a ella no están sujetos a representante legal. Pero ordinariamente, salvo que otra cosa resulte de la sentencia, requerirán para otorgar capitulaciones la asistencia del curador (artículos 289 y 290 en relación con el artículo 1.330).

Para los incapacitados la asistencia tiene un significado análogo al concurso y consentimiento que completa la capacidad de los menores. Su falta dará, también, lugar a la anulabilidad (artículos 1.335 y 1.300 y siguientes del Código civil).

El artículo 27 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón dispone: "Tienen capacidad para otorgar capítulos antes de contraer matrimonio los que válidamente puedan celebrarlo. Los menores de edad necesitarán la asistencia de uno cualquiera de sus padres y, en su defecto, del tutor, Junta de Parientes o Juez de Primera Instancia". A diferencia del Código civil que habla de "concurso y consentimiento" de sus padres, la Compilación habla de asistencia, cuya interpretación hemos visto con anterioridad, y en todo caso lo es de uno cualquiera de los padres.

Contenido.

Partiremos de una premisa: la libertad de capitulaciones es, en principio, total, y no tiene más límites que los institucionales, entendiendo por tales los que se derivan de su propia naturaleza o vienen impuestos excepcionalmente por

normas imperativas. Así, hemos visto que el artículo 1.315 del Código civil establece que el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código. Quizás las limitaciones lleguen a ser muchas, pero dogmáticamente, el principio está claro: se parte de una libertad, sólo excepcionalmente limitada, lo cual matiza la interpretación que deba darse a ciertos preceptos.

En capitulaciones los cónyuges pueden establecer uno de los regímenes legalmente previstos, con o sin modificaciones especiales, o uno especial atípico, estructurado en las mismas. También pueden contener, conforme al artículo 1.325 del Código civil “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio”. Y puede utilizarse la misma escritura de capitulaciones matrimoniales para negocios o actos que no tengan conexión causal con el régimen económico del matrimonio; entonces se produce una mera conexión documental: el régimen jurídico del acto incluido en la escritura de capitulaciones es independiente del de las capitulaciones y así ocurrirá siempre con el reconocimiento de hijos no matrimoniales hecho en las capitulaciones (artículo 186 del R.R.C.) y también en el acto por el que un cónyuge encomienda al otro, en las capitulaciones, la facultad de distribuir y mejorar a que se refiere el artículo 831 del Código civil.

Limitaciones.

“Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge” (artículo 1.328 del Código civil). El Código opta por la nulidad parcial, es decir, es nula la estipulación pero no el resto de las capitulaciones.

¿Cuáles son en concreto las limitaciones impuestas por las leyes y las buenas costumbres? Entre ellas están las nor-

mas que, con carácter imperativo, estructuran las masas patrimoniales y las comunes a todo régimen económico matrimonial, las constitutivas del llamado régimen económico matrimonial primario y, en particular, las que la ley establece en protección de terceros. ¿Qué agrega el límite de las buenas costumbres? “Buenas costumbres” es expresión reiterada en el Código (arts. 792, 1.116, 1.271) y a ella equivale, también, la expresión “la moral” (arts. 1.255 y 1.275). Con estos términos se ponen límites generales a la autonomía de la voluntad.

a) Normas que, con carácter imperativo, estructuran las masas patrimoniales. No cabe crear otras masas patrimoniales que las legalmente previstas: está fuera del poder de la autonomía de la voluntad el crear nuevos tipos de patrimonios separados.

b) Normas constitutivas del llamado régimen económico matrimonial primario. El régimen primario del matrimonio es un concepto elaborado principalmente por la doctrina francesa, que viene a significar que por el hecho de contraer matrimonio, se produce un conjunto de derechos y deberes básicos elementales, independientes del régimen económico, por tanto aplicables cualquiera que sea el adoptado, que constituyen un estatuto primario del matrimonio, imperativo e inderogable. Dentro de este concepto se incluyen derechos y deberes tanto personales como patrimoniales. Son normas básicamente imperativas:

— Art. 1.318 del Código civil, párrafo primero: “Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio”.

Haremos referencia al ámbito de la libertad capitular en materia de cargas del matrimonio. Que tales pactos parecen posibles se desprende del artículo 1.438 del Código civil, según el cual “A falta de convenio, los cónyuges contribuirán en proporción a sus respectivos recursos económicos”. Es cierto que este artículo pertenece al régimen de separación, y por extensión al de participación (art. 1.413 del

Código civil), pero nada impide aplicarlo al de gananciales cuando no existan o se hayan agotado los bienes comunes primeramente responsables, pues el artículo 1.318 no lo prohíbe, y en definitiva, las cargas que describe el artículo 1.362-1.º del Código civil son comunes.

Parece pues, posible, pactar sobre la contribución a las cargas, pero ¿hasta qué punto? El principal problema es el pacto que altere la contribución proporcional a los recursos, incluso eximiendo a uno de los cónyuges de contribuir a las cargas. ALVAREZ SALA mantiene la postura negativa en base a interpretar el artículo 1.328 del Código civil en lo relativo a la prohibición de los pactos que violen la igualdad (proporcionalidad) de los derechos de los cónyuges. La mayoría de los autores admiten, por el contrario, los pactos sobre distribución no proporcional de las cargas, en cuanto respondan a las circunstancias reales de la familia, pero están de acuerdo en que tiene una eficacia limitada frente a terceros; tales pactos no afectan a terceros de buena fe aun estando inscritas las capitulaciones en el Registro Civil.

130

— Artículo 1.319 del Código civil “Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.

De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda, y, subsidiariamente, las del otro cónyuge.

El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial”.

Este precepto regula la llamada potestad doméstica. La imperatividad del artículo 1.319 en cuanto al ámbito de potestad y la responsabilidad de los bienes deriva, no sólo de su naturaleza de estatuto primario, sino también del hecho de tratarse de una norma de protección a la seguridad del

tráfico. El tercero ha de poder confiar en la aparente legitimidad de cada cónyuge para atender las necesidades ordinarias de la familia, respondiendo todos los bienes del matrimonio, incluso los privativos del otro cónyuge, aunque subsidiariamente.

Cualquier distribución de funciones entre los cónyuges, mediante capitulaciones, no trascenderá de la esfera interna.

— Artículo 1.320 del Código civil. “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

Aunque no nos encontramos ante una pura norma de capacidad, sino de limitación a la facultad de disponer, es aconsejable estimar de *ius cogens* la necesidad de tal consentimiento, no pudiendo ser excluido en capitulaciones, por ser el reflejo patrimonial del artículo 70 del Código civil que es de indudable carácter imperativo.

En cuanto a la posibilidad de conceder anticipada y genéricamente tal consentimiento en capitulaciones, la doctrina está dividida. ALVAREZ SALA indica que se requiere en todo caso un consentimiento específico, que no cabe entender implícito en cualquier consentimiento o poder genérico, lo que no impide que se preste en forma preventiva o anticipada, pero constituyendo en todo caso una declaración unilateral, que no forma parte del contenido propiamente capitular, y por tanto es siempre revocable, incluso aunque se preste por ambos recíprocamente. GIMÉNEZ DUART y MAGARIÑOS llegan a conclusiones distintas, ya que la prestación del consentimiento en capitulaciones matrimoniales en la medida en que es irrevocable, supone un consentimiento nulo, por aplicación del artículo 6-2.º del Código civil, y en cambio será válido el consentimiento prestado en escritura, pues

al ser revocable no existe renuncia a la facultad de control, que podrá ejercitarse por vía de revocación.

— Artículo 1.321 del Código civil. “Fallecido uno de los cónyuges las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber.

No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”.

Para LACRUZ y ROMERO-GIRÓN DELEITO el artículo 1.321 del Código civil supone una importante ampliación de los derechos del cónyuge viudo, derivados del régimen matrimonial, y por tanto sin que los bienes que recibe se puedan considerar parte de la herencia del consorte premuerto, aunque pertenecieran a éste. El cónyuge sobreviviente percibe sus “ventajas” en calidad de beneficiario matrimonial y no sucesorio y por eso, según estos autores, lo dispuesto en el artículo 1.321 del Código civil puede derogarse por pacto.

132

Para ALVAREZ SALA y PÉREZ SANZ, a cuya tesis me adhiero, el artículo 1.321 del Código civil tiene una significación más sucesoria que económico-familiar, por lo que tales beneficios son irrenunciables por pacto, pues el artículo 1.271 del Código civil prohíbe contratar sobre herencia futura, relacionando el problema con la cuestión de si hay legados legales en nuestro Derecho y si los legados legales son forzosos.

— Artículo 1.322 del Código civil. “Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

No obstante serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge”.

El problema que se plantea es la validez del pacto capitular que encomiende a uno de los cónyuges la administración y disposición de los bienes comunes sin necesidad de contar con el consentimiento del otro, o lo que es igual, el pacto en que uno de los cónyuges prestara ese consentimiento al acto con carácter irrevocable.

La doctrina se divide a la hora de adoptar soluciones frente a este problema.

ALVAREZ SALA y GARCÍA CANTERO se pronuncian por la negativa. Argumentan que el inciso final del artículo 1.328 del Código civil garantiza en un sentido general el derecho de ambos cónyuges a participar igualitariamente en la dirección de la economía familiar, y por ello, una estipulación capitular que estableciera la administración o disposición exclusiva de los bienes comunes por uno solo de los cónyuges merecería la sanción de nulidad. Sin embargo, admiten que la estipulación podrá conservar relevancia jurídica como manifestación negocial que se formaliza en la escritura pública de capitulaciones, dando lugar a un consentimiento general, preventivo y unilateralmente revocable.

133

LACRUZ, AVILA y PÉREZ SANZ admiten la validez de este pacto, incluso con carácter irrevocable, en la medida en que no sea depresivo o coactivo para el otro. Como nos indica PÉREZ SANZ, es el propio legislador de 1981 quien ha previsto expresamente la posibilidad de que por pacto capitular se atribuya a uno de los cónyuges la administración y disposición de los bienes comunes. En efecto:

El artículo 1.365 del Código civil nos dice que los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio “de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda”. Este precepto admite sin lugar a dudas que por capítulos puede encomendarse a uno de los cónyuges la gestión o disposición de gananciales.

También se deduce esta misma posibilidad del artículo 102-2.º del Código civil, según el cual, admitida la demanda

de nulidad, separación o divorcio, se produce por ministerio de la ley la revocación de los consentimientos que por haberse incluido en capitulaciones matrimoniales han adquirido el carácter irrevocable propio de éstas.

A pesar de los argumentos esgrimidos por los defensores de la segunda postura, entiendo más defendible la primera, ya que este tipo de pactos son limitativos de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. Que puedan ser objeto del contenido de las capitulaciones matrimoniales no implica que sean irrevocables. Ni del artículo 1.365, ni del 102-2.º podemos deducir, que por voluntad unilateral de uno de los cónyuges estos consentimientos no puedan ser revocados. Su naturaleza es la de un apoderamiento en lugar de un pacto o estipulación capitular.

134

En cuanto al consentimiento previo y general en capitulaciones para actos gratuitos, creemos con AVILA que no es posible, ni aunque sea recíproco, pues del artículo 1.322-1 y 1.378 del Código civil resulta la necesidad de concurrencia de ambos consentimientos en cada acto concreto.

¿Es válido el pacto capitular que excluya la autorización judicial supletoria del consentimiento o previera un arbitraje para los casos de falta de consentimiento? La exclusión de la intervención judicial parece contraria al orden público, incluso a las buenas costumbres, pues la falta de esta intervención puede paralizar la economía del matrimonio y afectar a las relaciones personales familiares. Por el contrario, no debe haber inconveniente al arbitraje privado, siempre que no implique la exclusión de la intervención judicial.

—Ha de respetarse el principio de igualdad.

Será nula cualquier estipulación “limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”. Se trata aquí de la traducción, en la esfera económica, del principio de igualdad de los cónyuges que establecen los artículos 32 de la Constitución y 66 del Código civil. La exigencia de igualdad no debe entenderse en términos absolutos, sino en el sentido de estimar prohibidas aquellas estipulaciones que

introduzcan distinciones que no están fundadas en causa objetiva y razonable.

—¿Es posible el pacto por el que se establezca entre los cónyuges la comunidad universal de todos los bienes? La doctrina común ha estimado que es posible este pacto. Sin embargo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS entiende que el pacto de comunidad universal, por el que incluso se ponen en común los bienes que uno u otro cónyuge adquiriera por herencia o legado, es contrario al artículo 1.271, párrafo 2.º, del Código civil.

¿Cabe que los contratantes, con vecindad civil de Derecho común, determinen de una manera general que el régimen económico de su matrimonio quede sometido a cierto Derecho foral? Es frecuente decir que, habiendo desaparecido la prohibición expresa contenida en el Código en su redacción originaria (antiguo artículo 1.317), ya no haya obstáculo para este pacto. Mas no cabe que el pacto se anteponga a la Ley que conforme a las normas de conflicto (artículos 9-2 y 16 del Código civil) resulte aplicable. La misma validez de las capitulaciones se ha de juzgar por la ley personal aplicable y la insuficiencia de las capitulaciones debe suplirse por la Ley personal procedente.

Deberá entenderse el pacto en el sentido de que las partes estipulan, conforme al Código, como “régimen convencional” de su matrimonio, el régimen legal supletorio de ese Derecho foral. El pacto habrá de quedar sometido a las normas imperativas del Código. Las modificaciones legislativas que después sufra en la respectiva Comunidad autónoma el Derecho foral, no afectarán por sí solas a los regímenes regidos por el Código civil y, por tanto, al régimen estipulado.

¿Es posible la remisión a un Derecho extranjero? Entendemos que no. Las capitulaciones que se remiten a un Derecho foral completan su certeza y publicidad con la certeza y publicidad de que gozan las leyes españolas. El Derecho extranjero es valorado de otro modo, a estos efectos,

por nuestro ordenamiento jurídico, así, el artículo 12-6 del Código civil. Por ello, el Derecho extranjero puede integrar el contenido de las capitulaciones matrimoniales pero únicamente como pacto transcrito.

Forma.

1. Se exige la forma con carácter constitutivo. Artículo 1.327 del Código civil “Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública”.

2. Se exige, además, la correspondiente publicidad registral para que las capitulaciones sean oponibles a terceros. Artículo 1.333 del Código civil: “En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria”.

136

También están sujetas, en su caso, las capitulaciones a inscripción en el Registro Mercantil (artículos 21 Código de Comercio y 76 R.R.M.).

La conclusión sexta del Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en octubre de 1946, en su párrafo segundo decía “También es deseable el establecimiento inmediato de un Registro general de capitulaciones matrimoniales”.

IV. Cuestiones prácticas de conflictos interregionales

1. El Régimen Económico Matrimonial y el principio de la fe pública registral.

El principio de la fe pública del registro es adoptado por todo ordenamiento jurídico inmobiliario que quiera proteger decisivamente las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes que se hayan producido confiados en el contenido del Registro, y como dice ROCA SASTRE, constituye el núcleo central de nuestro sistema inmobiliario registral, en torno al cual giran todas las restantes materias de Derecho hipotecario.

Para proteger a los terceros adquirentes de buena fe, la ley reputa exacto el contenido de los libros hipotecarios, aun en el caso en que los términos de sus asientos no concuerden con la realidad jurídica extrarregistral. Aunque los asientos del Registro se hallen en desacuerdo con la realidad jurídica, su valor es decisivo en cuanto a que lo que expresan prevalece sobre la realidad ante el tercer adquirente protegido por la fe pública registral. En provecho de este adquirente el contenido del Registro se reputa verdadero o se finge por la ley como irrefutablemente exacto dentro del ámbito y alcance que la misma determina, gracias a lo que se proporciona base firme a la contratación inmobiliaria.

El principio de la fe pública registral actúa, pues, a modo de ficción de veracidad, de la que la ley inviste a los asientos practicados en la correspondiente hoja registral, que constata la existencia, extensión y titularidad de los derechos reales inmobiliarios registrados, y cuya adquisición por el tercero es mantenida en las circunstancias especificadas por la ley.

El principio general o básico está formulado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria:

“El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con

facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”.

El concepto de tercero hipotecario es uno de los más discutidos en nuestra doctrina. En Derecho Civil se define al tercero como aquél que no es parte, ya que conforme al artículo 1.257 del Código civil “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos”. El tercero hipotecario es un tercer adquirente civil pero cualificado por ciertos requisitos.

138 El tercer adquirente civil, como consecuencia de la adquisición derivativa, recibe el derecho tal como lo tiene el transmitente (*nemo dat quod non habet*); por contra, el tercero hipotecario lo recibe tal como consta en el Registro.

La adquisición del tercero debe ser en virtud de título válido que, naturalmente, no será eficaz, ya que si lo fuere, el tercero no necesitaría del juego de la fe pública.

El sistema de protección a la apariencia registral en la Ley Hipotecaria lo componen una pluralidad de preceptos, de distinto origen, latino unos, germano otros, que en ocasiones se interfieren, pero cuyo significado último es claro: proteger al adquirente del titular registral que no es el verdadero dueño, siempre que se reúnan los requisitos del artículo 34 L.H.

La fe pública registral opera en cuanto asegura al tercer adquirente protegido la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales inscritos; mas, como nos dice ROCA SASTRE, no se extiende a los datos registrales de mero hecho, ni a los referentes al estado civil de las personas o concernientes a derechos de carácter personal o de crédi-

to, ni tampoco a los derechos reales sobre bienes muebles.

Y es aquí, llegado a este punto, cuando relaciono lo anteriormente expuesto con la situación de hecho que se plantea con frecuencia en el ámbito de los conflictos interregionales. El supuesto es el siguiente:

Don X compra una finca y manifiesta que está casado bajo el régimen legal catalán de separación de bienes y así se hace constar en la inscripción del Registro de la Propiedad. A continuación la vende a Don Z y éste inscribe su adquisición. La esposa de Don X solicita la anulación de la disposición de su marido alegando que el régimen económico del matrimonio no es el legal catalán de separación de bienes, sino el de gananciales del Código civil. ¿Está protegido el adquirente Don Z por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria? ¿Es tercero hipotecario?

Sustantivamente, el hecho de que Don X haga constar que está casado bajo el régimen de separación de bienes, independientemente de que lo haga por error o sabiendo la falsedad de su manifestación, no altera para nada el carácter de la adquisición. Si el régimen económico matrimonial es el de gananciales, el bien adquirido tendrá tal carácter. Y el régimen de su administración y disposición será el que determina el Código civil, que como principio general establece en el artículo 1.375: "En defecto de pacto en capitulaciones la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes".

Y como en el supuesto planteado Don X ha dispuesto sin el consentimiento de su esposa, la venta es anulable, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.322 del Código civil: "Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos".

El plazo para ejercer la esposa de Don X la acción de nulidad será de cuatro años, como nos indica el artículo 1.301 del Código civil y este tiempo empezará a correr desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.

Sin embargo, el hecho de que Don X manifieste en la escritura de compraventa que está casado bajo el régimen económico matrimonial legal catalán de separación de bienes, y así se haga constar en la inscripción del Registro de la Propiedad, ¿modifica de alguna manera lo hasta aquí expuesto? No. Y ello en base a que en el momento de contraer matrimonio ya quedó determinado su régimen económico matrimonial, que es el legal de la sociedad de gananciales, por ser ambos cónyuges por ejemplo, de vecindad civil común. Y este régimen así determinado únicamente se puede modificar por el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por ambos cónyuges. El error, frecuente en la práctica y que he apuntado anteriormente, es que si Don X y su esposa llevan residiendo en Cataluña más de veinte años, por ejemplo, pueden pensar que están casados bajo el régimen de separación de bienes, y así lo hace constar el esposo en el caso planteado.

Y si la inscripción no altera el carácter del bien adquirido por Don X, el Registro de la Propiedad está publicando una inexactitud producida por su declaración de voluntad. ¿Ampara la fe pública del Registro esta inexactitud? Esto es, cuando Don Z consulta el Registro y comprueba cómo consta inscrito el bien a favor de Don X y lo adquiere a título oneroso, de buena fe e inscribe, ¿está protegido por la fe pública del Registro? ¿Es tercero hipotecario?

Entiendo que no, que la adquisición de Don Z no está protegida por la fe pública del Registro, no es tercero hipotecario. Y ello en base a que los datos registrales relativos al estado civil y a la capacidad de las personas no los abarca la fe pública del Registro.

Las circunstancias de capacidad de las personas consignadas en el Registro no pueden ser amparadas por la fe pública registral, dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, porque ni el Registro es órgano competente de publicidad en las cuestiones de estado civil, ni el que contrata con un incapaz puede alegar la ignorancia de esta condición. En el mismo sentido ROCA SASTRE indica que si se compra a una mujer casada en régimen de gananciales una finca comprada por ella constando que era soltera, no puede el adquirente prevalerse del simple dato de que en el Registro consta que ella es soltera.

En sentido contrario opinan otros autores. Así, en el caso planteado propugnan defender la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en base a los siguientes argumentos:

—El artículo 33 L.H. al disponer que “la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos, con arreglo a las leyes”, se refiere a la venta nula de cosa propia, mientras que el artículo 34 L.H. se refiere a la venta válida de cosa ajena. Pues bien, aquí nos encontramos ante un supuesto intermedio: venta nula de cosa en parte propia.

—El Registro de la Propiedad es un Registro de titularidades: se ha de proteger a quien adquiere confiando en la titularidad privativa publicada.

—El artículo 33 L.H. se refiere a nulidad, inexistencia y anulabilidades clásicas: defectos de capacidad y vicios del consentimiento. En realidad, el supuesto del artículo 1.322 del Código civil sólo es anulabilidad en cuanto al nombre, en orden a provocar ciertos efectos de la misma. Pero la falta de titularidad en el disponente no es causa de anulabilidad propiamente dicha.

Por todo lo expuesto con anterioridad no estoy de acuerdo con esta tesis. En primer lugar, Don Z no es tercero civil ya que es parte en el negocio viciado. Y en segundo lugar, el poder de disposición de un bien ganancial corresponde a los dos cónyuges; y en el supuesto planteado, dispone uno solo de ellos. En conclusión, ¿cómo va a ser tercero hipotecario?

2. Estudio del artículo 9-8 del Código civil.

En el estudio del artículo 9-8 del Código civil distinguiremos los tres apartados que contempla el precepto y nos centraremos especialmente en el último inciso introducido por la Ley de 15 de octubre de 1990 que está dando lugar en la doctrina a interpretaciones muy dispares.

1.º Artículo 9-8, inciso primero del Código civil:

“La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”.

Y por remisión del artículo 16-1 del Código civil, este precepto se aplica también en el ámbito interregional, por lo que la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento.

142

Es el principio general. La Ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento es la que rige la sucesión de éste. Esta Ley determina en el momento de apertura de la sucesión: el sistema de legítimas, las personas llamadas a suceder, la existencia de bienes sujetos a reserva, troncales, los efectos que produce la renuncia a la herencia, etc. Sin embargo, hay aspectos dentro del fenómeno sucesorio que quedan excluidos del ámbito de esta Ley, así por ejemplo, la capacidad de los herederos y demás personas llamadas a suceder, que se regirá por la ley personal de cada uno de ellos (artículo 9-1 del Código civil) y que será la ley a tener en cuenta a la hora de formalizar la aceptación o repudiación de la herencia, partición y cualquier negocio que afecte a la comunidad hereditaria.

2.º Artículo 9-8, inciso segundo del Código civil:

“Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la Ley que

rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última”.

Resuelve así uno de los conflictos móviles que pueden surgir en el ámbito sucesorio como consecuencia del cambio de la ley personal desde el momento del otorgamiento de un determinado acto de disposición *mortis causa* hasta el momento del fallecimiento del otorgante.

3.º Artículo 9-8, inciso tercero del Código civil:

“Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”.

Se está discutiendo mucho acerca del alcance de este precepto. Se trata de un debate ya antiguo, el de qué ley corresponde aplicar a los derechos sucesorios del cónyuge viudo cuando la ley que regula los efectos del matrimonio y la ley sucesoria son distintas, si la sucesoria o la matrimonial, problema que está resuelto de forma distinta en las legislaciones.

Nuestro Derecho, hasta la reforma de 1990 aplicaba claramente la ley sucesoria, puesto que no había excepción alguna. Esta solución era criticada. La ponencia presentada por la delegación española en el IX Congreso Internacional del Notariado Latino, aboga por la aplicación a los beneficios viudales de la ley reguladora del régimen económico matrimonial, basándose en el necesario respeto a los derechos adquiridos; criterio recogido en las conclusiones de dicho Congreso. Y la conclusión Sexta del Primer Congreso de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza el año 1946 dispuso que “para dar estabilidad a los derechos del cónyuge viudo y evitar que como consecuencia del cambio de vecindad civil impuesto unilateralmente, se produzcan situaciones extrañas dada la diversidad de sistemas, es deseable que en la codificación de las Leyes territoriales y, en su día, en el Código general, se regulen los derechos del cónyuge viudo dentro del régimen económico del matrimonio, y no como

derecho de sucesión del premuerto”. Incluso el primer borrador del texto articulado elaborado para llevar a cabo la reforma del título preliminar del Código civil de 1973/1974 proponía la siguiente redacción del artículo 16-3 del Código civil: “Los usufructos legales de cualquier clase establecidos en favor del cónyuge viudo se regularán por la legislación común o por la especial foral a que estuviese sometido el régimen económico del matrimonio según lo dispuesto en el número 3 del artículo 9”. Sin embargo, la redacción definitiva limitó la norma al derecho de viudedad aragonesa.

Interpretación del Artículo 9-8 in fine del Código civil.

Fundamentalmente son dos las líneas seguidas en torno al mismo:

144

1.^a La tesis mantenida por JOSÉ ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ, que entiende que el último inciso del artículo 9-8 del Código civil se refiere exclusivamente a los derechos de carácter familiar, no sucesorio, de que resulta titular un cónyuge al fallecimiento del otro. En la tramitación parlamentaria se introdujo el último inciso del artículo 9-8 del Código civil por vía de enmienda, justificándose en base a “coherencia legislativa”. Tal inserción tiene como objeto precisar el ámbito del artículo 9-8 en el sentido de que pese a que en el artículo 9-2 y 9-3 ya no se hable expresamente de relaciones o efectos patrimoniales del matrimonio, sin embargo, cualquier derecho de carácter patrimonial que sea consecuencia del hecho de la celebración o existencia del matrimonio se regirá por la ley que regula los efectos del matrimonio, y en ningún caso por la ley nacional del causante, pues su razón de ser deriva del hecho mismo del matrimonio y no del fallecimiento de un cónyuge, que únicamente supone el momento del nacimiento del derecho.

Para esta línea argumental tiene plena justificación la no derogación del número 2 del artículo 16 del Código civil, puesto que su pervivencia confirma que nada ha cambiado,

que el artículo 9-8 del Código civil no puede extenderse a los derechos de carácter sucesorio ni resuelve estos problemas, y por ello el artículo 16-2 del Código civil se mantiene para disciplinar el supuesto a que se refiere.

Concluye JOSÉ ALBERTO MARÍN que la seguridad jurídica exige interpretar el último inciso del artículo 9-8 en el sentido de que los derechos de carácter sucesorio que correspondan a un cónyuge al fallecimiento del otro han de regirse por la ley nacional del causante, sin excepción alguna, siguiendo de esta forma el criterio tradicional. En consecuencia, no debe extenderse el ámbito de actuación de la ley que regula los efectos del matrimonio más allá del límite que suponen las instituciones de Derecho de familia, sin que en ningún caso pueda invadir la parcela del Derecho sucesorio y erosionar la legislación determinada por la vecindad civil del que realmente es el causante del fenómeno sucesorio.

145

Por todo ello entiende JOSÉ ALBERTO MARÍN que en las actas de notoriedad de declaración de herederos, cuando el difunto tuviera vecindad civil catalana, el cónyuge supérstite ha de ser declarado heredero a falta de hijos y descendientes y, existiendo éstos, ha de atribuírsele expresamente por imperativo del artículo 332 del Código de Sucesiones de Cataluña, el usufructo universal previsto en el artículo 331 de ese mismo cuerpo legal, y ello cualquiera que fuera la legislación que regule los efectos del matrimonio.

2.^a La tesis mantenida por ADOLFO CALATAYUD SIERRA, que aplica el nuevo inciso del artículo 9-8 del Código civil a los derechos sucesorios previstos por la ley para el cónyuge viudo, esto es, a los derechos de usufructo viudales, ya sean legitimarios ya intestados. Entiende que la nueva norma no se aplica al orden de suceder abintestato, a pesar de su defectuosa redacción.

Pone de relieve ADOLFO CALATAYUD que en Cataluña el cónyuge viudo ocupa un lugar en el orden sucesorio por delante de los ascendientes, hermanos y demás parientes y

sólo por detrás de los descendientes, mientras que en el resto de España los ascendientes están por delante del cónyuge viudo. Y plantea la sucesión intestada de una persona casada bajo vecindad civil catalana, pero en la que los efectos de su matrimonio se regían por la ley común o viceversa.

A mi juicio, para interpretar este precepto debemos sentar las siguientes premisas:

1.º El artículo 9-8 del Código civil contempla la posibilidad de que a la sucesión por causa de muerte de una persona le sean aplicables dos legislaciones distintas:

— La ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento. Es el principio general.

— Y la ley que regule los efectos del matrimonio. Que determina los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite.

146

2.º Esta posibilidad de concurrencia de dos legislaciones para regular la sucesión de una persona ha sido introducida como consecuencia de la modificación del artículo 9-8 del Código civil por la Ley de 15 de octubre de 1990. Y ello nos lleva a formular las siguientes cuestiones:

a) Determinar el ámbito de aplicación temporal de la norma. Podríamos entender que únicamente se aplicaría a las sucesiones de personas casadas con posterioridad a la entrada en vigor del texto reformado. Sin embargo, entiendo que se aplica a todos los supuestos en que el fallecimiento de un cónyuge ha tenido lugar con posterioridad a la reforma, con independencia de que el matrimonio sea anterior a ésta.

Ahora bien, para determinar cuál es la ley que regula los efectos del matrimonio hemos de tener en cuenta la fecha de celebración de éste. Y como ya hemos expuesto con anterioridad, distinguir:

— Si el matrimonio se ha contraído tras la entrada en vigor de la reforma del artículo 9-2 del Código civil, ya estudiado, éste dispone cuál será la ley aplicable a los efectos

del matrimonio en el momento de su celebración, y esta ley es ya inmutable. Desde la celebración del matrimonio ya sabemos cuál es la ley que rige sus efectos.

—Con relación a los matrimonios anteriores a la reforma, ya vimos que el artículo 9, en sus párrafos 2 y 3, redactado por Decreto de 31 de mayo de 1974, distinguía entre efectos personales y patrimoniales y ambos se regían por la última ley común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley del marido al tiempo de la celebración. Con este criterio, todos los matrimonios celebrados antes de la reforma tenían una ley que regía sus efectos personales y patrimoniales; esta ley era mutable si ambos cónyuges adquirían una nueva vecindad común a ellos. Pero el efecto producido por la reforma es que esa ley que regía en el momento de su entrada en vigor los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, deviene inmutable, y será la que siga rigiendo los efectos del matrimonio de forma permanente. Esto es, todo matrimonio al entrar en vigor la reforma estaba sujeto a una ley que regía sus efectos personales y patrimoniales, y el efecto producido por la reforma es que esta ley será “la ley que regule los efectos del matrimonio”, sin distinguir ya entre personales y patrimoniales, y con carácter inmutable.

147

Y todo ello, antes y después de la reforma, independientemente del régimen económico matrimonial, que una vez determinado sólo puede modificarse o cambiarse por capitulaciones matrimoniales.

b) La remisión que hace el artículo 9-8 *in fine* del Código civil a la Ley que regule los efectos del matrimonio ¿es estática o dinámica? Esto es, los derechos los determina esa ley desde el mismo momento de la celebración del matrimonio, o bien serán los que dicha ley atribuya al cónyuge superviviente en el momento del fallecimiento del consorte. Me inclino por esta última solución, si bien la ley no es clara.

Para interpretar de una forma más coherente este precepto debemos partir, como hace PEDRO ALBIOL, con criterio

apoyado por JOSÉ MARÍA NAVARRO, PEDRO MARTÍNEZ y por mí mismo, de la finalidad primordial que persigue la Ley 11/1990 reformando el Código civil, y que es “la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo”. Por ello, con anterioridad a la entrada en vigor de la ley no se producía la posibilidad de una duplicidad de legislaciones para regular la sucesión de una persona, ya que en el ámbito interregional coincidían siempre la vecindad civil de ambos cónyuges, que era la misma, y la ley reguladora de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio. En consecuencia, en el aspecto sucesorio no había discriminación, los derechos de los cónyuges eran idénticos.

La Ley 11/1990 posibilita que cada uno de los cónyuges tenga su propia vecindad civil y que la ley que regule los efectos del matrimonio sea distinta. Y es en este supuesto en el que para evitar un trato discriminatorio de un cónyuge con relación al otro en el aspecto sucesorio, introduce el artículo 9-8 *in fine* una excepción al principio general de que la ley de la sucesión es la ley de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento, y esta excepción es que los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

3.º Cuando el precepto comentado se remite a “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente” ¿a qué derechos se refiere?

Ya hemos visto que para determinados intérpretes estos derechos son exclusivamente los de carácter familiar, no sucesorio. Para otros, estos derechos son los sucesorios previstos por la ley para el cónyuge viudo, esto es, los derechos de usufructo viudales, ya sean legitimarios, ya intestados, pero sin aplicarse al orden de suceder abintestato.

Por ello, podemos sentar las siguientes conclusiones:

1.ª Cuando en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, ambos ostenten la misma vecindad civil, será

ésta la que determine la ley que rija la sucesión incluidos los derechos que le correspondan al cónyuge viudo.

Con esta interpretación acorde con la finalidad y espíritu del artículo 9-8 del Código civil, se solucionan la inmensa mayoría de los supuestos en que la ley que regula los efectos del matrimonio es la común, por ejemplo, y los cónyuges tienen vecindad civil catalana. En este caso la ley de la sucesión del cónyuge fallecido será la catalana y esta ley determinará los derechos de los llamados a la herencia, incluidos los del cónyuge supérstite; traer a esta sucesión la ley reguladora de los efectos del matrimonio para determinar los derechos que esta ley atribuye al cónyuge supérstite, a pesar de encontrar el apoyo literal del artículo 9-8 *in fine* del Código civil, entiendo es perturbador, lleva a conclusiones muy complejas como pone de manifiesto JOSÉ ALBERTO MARÍN en su trabajo, y fundamentalmente no es lo querido por el legislador, como hemos dicho.

2.^a Cuando en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, éstos ostenten distinta vecindad civil, la sucesión se regirá por la ley de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento.

Pero como con la aplicación de este principio general recogido en el inciso primero del artículo 9-8 del Código civil se produce un trato discriminatorio de un cónyuge en relación al otro, un trato desigual, porque desiguales pueden ser los derechos que al cónyuge supérstite reconozcan las leyes de sus respectivas vecindades civiles, es por ello por lo que el legislador, para colocar a ambos cónyuges en situación paritaria, arbitra la solución consistente en que sea una norma común a ambos la que determine los derechos de uno en la sucesión del otro, y esta norma es conforme nos indica el artículo 9-8 *in fine* del Código civil “la ley que regule los efectos del matrimonio”.

Por ello, en este supuesto “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a

salvo siempre las legítimas de los descendientes” (artículo 9-8 *in fine* del Código civil).

Y en este punto apoyo la tesis de ADOLFO CALATAYUD en el sentido de que se refiere a todos los derechos, tanto de orden familiar como sucesorio, ya que la ley no distingue. Sin embargo, a pesar de que con el tenor literal deberíamos entender también incluido el orden a suceder abintestato, esto es incoherente con la regla general establecida en el inciso primero del artículo 9-8 del Código civil que determina que será la ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento la reguladora de su sucesión, y por ende de la sucesión abintestato.

150

Por último, el necesario respeto a los derechos legitimarios de los descendientes puede reducir en gran medida la efectividad de la aplicación de los derechos viudales resultantes de la aplicación de la ley reguladora de los efectos del matrimonio. Así, pensemos que la legítima vizcaína está constituida por los cuatro quintos de la totalidad de la herencia y la Compilación prohíbe imponer a los descendientes gravámenes que excedan del quinto de los bienes, si la ley sucesoria es la vizcaína, los cónyuges tienen distinta vecindad, y la ley reguladora de los efectos del matrimonio es la catalana, de poco servirá que ésta atribuya al cónyuge viudo en la sucesión intestada el usufructo de la totalidad de la herencia, puesto que dicho derecho de usufructo no podrá exceder del quinto, al tener que respetar la legítima de los descendientes.

3. Estudio del artículo 16-2 del Código civil.

Estudiaremos por separado los tres apartados del artículo 16-2 del Código civil.

Artículo 16-2, párrafo primero, C.c. “El derecho de viudedad regulado por la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad

civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria”.

A primera vista choca la referencia en el Código civil a una institución foral, como es la viudedad aragonesa, contemplada en el artículo 16-2 incluido en el Capítulo V del Título Preliminar que lleva como título: “Ambito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional”.

“Las especificaciones que algunas instituciones requieran” anunciadas por la base 7.3 (artículo 2.º) de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 para la regulación del Derecho interregional privado, acabaron reducidas, en el texto articulado, a las relativas al derecho de viudedad de la legislación aragonesa, tras haberse pensado en una norma más general sobre todos los usufructos viudales.

Como pone de manifiesto el profesor SANCHO REBULLIDA, en la ponencia presentada al Foro de Derecho Aragonés el año 1991, dos son las características fundamentales de la viudedad aragonesa:

1.^a *La unidad de la institución*: derecho expectante y usufructo viudal son dos fases y momentos de una misma y única institución jurídica, la viudedad aragonesa.

Al derecho expectante de cada cónyuge están afectos todos los bienes del otro y los que forman parte de la masa consorcial en cuanto a la participación que al premuerto corresponda. Sin embargo, no todos los bienes están afectos al derecho expectante del mismo modo: los inmuebles “por naturaleza” y los muebles del artículo 39-1 de la Compilación, mediante una suerte de gravamen real; los “demás bienes muebles”, los del artículo 76-4, mediante una afección de naturaleza personal: con eficacia inter partes y estructura condicional (que existan al fallecimiento), además de eventual (premoriencia del titular).

Así se entiende con facilidad que el cónyuge propietario pueda disponer lícitamente de sus bienes, aunque el otro cónyuge no renuncie a su derecho expectante sobre el bien

enajenado. Si éste es inmueble por naturaleza o mueble por sitio del artículo 39-1 de la Compilación, el adquirente lo adquiere con el gravamen real del derecho expectante: por tanto, si premuere el enajenante, su cónyuge podrá recabar del adquirente el usufructo viudal. Si se trata de otro bien mueble, el cónyuge enajenante lo transmite libre de toda carga, y así lo recibe el adquirente, salvo que haya sido enajenado para defraudar el derecho de viudedad del cónyuge supérstite.

2.^a *Naturaleza familiar.* La viudedad aragonesa es una institución de Derecho de familia. Su régimen pertenece al régimen de bienes del matrimonio, y, más concretamente, a lo que la doctrina denomina “régimen primario”, es decir, referible no sólo al régimen legal establecido y regulado en la Compilación para aplicarse en defecto de pacto (artículos 36 a 59 de la Compilación), sino a cualquier otro régimen paccionado que se rija por el Derecho aragonés (artículo 23 de la Compilación).

152

La interpretación de la norma en el ámbito del Derecho interregional resulta compleja, por ello me limitaré a estudiar el precepto distinguiendo dos momentos:

1.º *Antes de la Ley de 15 de octubre de 1990.* La vinculación de la viudedad aragonesa al régimen económico matrimonial aragonés significaba:

a) Que correspondía a los cónyuges siempre que el marido fuera aragonés al tiempo de celebrarse el matrimonio (artículo 9, 2 y 3 del Código civil a través de la remisión del artículo 16-1):

— Tanto si su régimen económico matrimonial era el legal de la Compilación, aplicable en defecto de pacto.

— Como si pactaban en capitulaciones matrimoniales un régimen distinto, por ejemplo, el legal catalán de separación de bienes. Y ello porque los cónyuges al amparo de la libertad de pacto que contempla su ley personal (artículo 23 de la Compilación aragonesa), establecen como “régimen convencional” de su matrimonio el régimen legal supletorio de

la Compilación catalana. El pacto, las capitulaciones matrimoniales, habrán de quedar sometidas a las normas imperativas de la Compilación aragonesa y las modificaciones legislativas que después afecten, siguiendo el ejemplo, al régimen legal catalán, no afectarán al régimen estipulado.

b) Que no perdían la viudedad, que seguía estando disciplinada por el Derecho aragonés, aunque luego cambiaran los cónyuges de vecindad civil. Así se establece expresamente en el artículo 16-2 del Código civil y a la misma conclusión se llegaba a partir del artículo 9-2 y 3 del Código civil, ya que si bien las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regían “a falta o por insuficiencia de capitulaciones por la misma ley que las relaciones personales” (artículo 9,3 del Código civil), y éstas, en primer lugar, por la última ley regional común (artículo 9,2 del Código civil), el régimen económico matrimonial no es alterado por el cambio de vecindad (artículo 9-3 del Código civil) “salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley regional”. Con base a este último precepto citado, el profesor DELGADO, a cuya opinión me adhiero, indica que perderían la viudedad los cónyuges originariamente aragoneses que, adquirida luego otra vecindad civil, otorgaran capítulos sujetos a su nuevo Derecho regional.

2.º *Tras la entrada en vigor de la Ley de 15 de octubre de 1990.* Esta Ley ha cambiado drásticamente aspectos decisivos que han servido de presupuesto para las conclusiones anteriores.

La legislación anterior distinguía entre “relaciones personales” (artículo 9-2 del Código civil), que se regían por la última ley regional común de los cónyuges, por tanto mutables, y “relaciones patrimoniales” (artículo 9-3 del Código civil) que estaban sometidas a la misma ley que las relaciones personales, salvo en lo referido al “régimen económico matrimonial”, sólo mutable por pacto.

La Ley de 15 de octubre de 1990 suprime la distinción entre relaciones personales y patrimoniales y el artículo 9-2

del Código civil habla únicamente de “efectos del matrimonio”, rigiéndose éstos por la ley que queda fijada en el momento de su celebración, conforme hemos visto. Esta ley que rige los efectos del matrimonio, es inmutable.

Asimismo, todo matrimonio al entrar en vigor la reforma de 1990 estaba sujeto a una ley que regía sus efectos personales y patrimoniales, y el efecto producido por la reforma es que esta ley será “la Ley que regule los efectos del matrimonio”, sin distinguir ya entre personales y patrimoniales, y con carácter inmutable.

Corresponde el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa:

— A los cónyuges que ostentan la vecindad civil aragonesa en el momento de celebrar el matrimonio.

— A los cónyuges, cuando la ley que rige los efectos del matrimonio es la aragonesa.

154

El cambio de vecindad posterior al matrimonio, aunque sea para adquirir ambos una misma vecindad cuando antes la tenían distinta, no les priva del derecho de viudedad. Así lo dispone expresamente el artículo 16-2, párrafo 1.º, del Código civil. Es la excepción a la interpretación que hicimos del artículo 9-8 del Código civil, basada lógicamente en el precepto examinado.

Si los cónyuges con derecho de viudedad otorgan después del matrimonio capitulaciones matrimoniales conforme a una de las leyes que les permite el artículo 9-3 del Código civil, y someten su régimen económico matrimonial a otra legislación distinta a la aragonesa, ¿siguen ostentando derecho de viudedad?

— Conforme al artículo 16-2 del Código civil, no. Los cónyuges ya no están sometidos al régimen económico matrimonial de la Compilación aragonesa. Esta interpretación nos lleva al resultado de que si dos cónyuges aragoneses residentes en Cataluña pactan, conforme a la ley de su residencia, el régimen económico legal catalán de separación de bienes, no ostentarán derecho de viudedad. Por esta vía,

su vecindad civil será la aragonesa, la ley que rige los efectos del matrimonio también aragonesa, y el régimen económico matrimonial, el legal catalán de separación de bienes pactado en capitulaciones matrimoniales al amparo del artículo 9-3 del Código civil, y por lo tanto regulado íntegramente por la legislación catalana. Observemos que en la regulación anterior a la Ley de 15 de octubre de 1990 esto no era posible, como ya vimos, y si este matrimonio pactaba el régimen catalán lo hacía en base a que se lo permitía su ley personal, y no en base a una norma de conflicto interregional que introduce unos nuevos puntos de conexión como la ley de la residencia (*ius soli*). Y el supuesto se puede complicar más todavía, ¿qué pasaría si estos cónyuges pactan en Cataluña el régimen de separación de bienes legal catalán sin expresar que lo hacen conforme a la ley de su residencia? Entiendo que estaríamos en la misma situación que en la regulación anterior a la Ley de 15 de octubre de 1990, y en este caso seguiría vigente la viudedad aragonesa.

155

Merece citarse aquí el artículo 9 del Estatuto de Autonomía de Aragón, según el cual “las normas que integran el Derecho civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial”. La norma muestra claramente la intención de contraponer el criterio de personalidad al de territorialidad profesado, en particular, por el Estatuto catalán en su artículo 7.

—Sin embargo, como nos dice el profesor DELGADO, este posible cambio pactado en el régimen económico matrimonial no altera el punto de conexión para la atribución de derechos al cónyuge superviviente, ya que éstos (los atribuidos por ministerio de la ley) “se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio” (artículo 9-8 *in fine* del Código civil).

Además, corresponde el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa a los cónyuges cuyo matrimonio (la ley que rige los efectos del matrimonio) está regido por una ley distinta a la aragonesa, pero han sustituido su régimen económico matrimonial por el aragonés, por haberlo pactado así y ser ésta la vecindad o estar aquí la residencia habitual de uno de ellos, o de ambos (artículo 9-3 del Código civil)

156 Para terminar este apartado destacaremos que desde la Ley de 15 de octubre de 1990, el artículo 9-8 del Código civil salvaguarda las legítimas de los descendientes en los supuestos en que los derechos del viudo están determinados por ley distinta de la reguladora de tales legítimas; lo que confirma la posposición de los derechos legitimarios de otros parientes (ascendientes). En cuanto a la viudedad aragonesa, y mientras tenga en el Código una consideración singular, en opinión de DELGADO no se ha de ver mermada por las legítimas de los descendientes según la ley de la sucesión (distinta de la aragonesa). Este criterio no es compartido por SAPENA que indica que será la viudedad la que se verá reducida por las legítimas. Sin entrar a fondo en la cuestión, estimo más defendible la postura de SAPENA.

Artículo 16-2, párrafo segundo, del Código civil: "El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente".

Esta norma ha sido muy criticada por los juristas aragoneses, incluso ha sido conceptuada como posible concreción del principio de "interés nacional" en el Derecho interregional. Es evidente que el principio de igualdad de todas las legislaciones civiles coexistentes en el territorio nacional queda conculcado por este precepto. Por lo demás, ni siquiera resuelve prácticamente, de forma eficaz, los proble-

mas planteados, en la búsqueda de la seguridad del tráfico, y crea *ex novo* otras dificultades de no pequeña entidad, como pone de relieve en sus estudios DELGADO ECHEVARRÍA.

Artículo 16-2, párrafo tercero, del Código civil: “El usufructo viudal corresponde también al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviere vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte”.

Este precepto plantea el problema de su coordinación con el artículo 9-8 *in fine* del Código civil. Es posible la duplicidad de beneficios viudales en el caso de que el cónyuge premuerto tuviera vecindad civil aragonesa al fallecer, pero la ley que regulara los efectos de su matrimonio fuera otra: con arreglo al artículo 16-2 del Código civil, le corresponderá al cónyuge viudo el usufructo de viudedad aragonesa, mientras que conforme al inciso tercero del artículo 9-8, le corresponderá el derecho determinado por la ley reguladora de los efectos del matrimonio. Probablemente, la solución más clara sea considerar aplicable el artículo 16-2, puesto que es una norma específica, reguladora de un caso concreto; como si el artículo 9-8 *in fine* dijera: “los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio..., salvo que corresponda al supérstite la viudedad aragonesa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16-2.º, párrafo tercero”.

CONTROL Y GOBIERNO DE LAS FUNDACIONES A LA LUZ DE LA LEY 30/1994

IGNACIO SERRANO GARCÍA

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid*

159

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA FUNDACIÓN ES UNA FIGURA ATORMENTADA DOGMÁTICAMENTE. 3. LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA ES UN EXPEDIENTE TÉCNICO. 4. CABEN OTROS EXPEDIENTES TÉCNICO-JURÍDICOS PARA LOGRAR LAS MISMAS FINALIDADES. 5. ELEMENTOS PERMANENTES EN TODA FUNDACIÓN. 6. EL DEBER JURÍDICO DE REALIZAR EL FIN ES LA ÚNICA RAZÓN DE SU EXISTENCIA. 7. EL PROCEDIMIENTO TÉCNICO EN LOS ORDENAMIENTOS CONTINENTALES ES LA CREACIÓN DE UNA PERSONA JURÍDICA. 8. CONSECUENCIA DE ELLO ES LA ATRIBUCIÓN DE CAPACIDAD JURÍDICA. 9. LA FUNDACIÓN TIENE CAPACIDAD JURÍDICA PLENA. 10. CARACTERÍSTICAS Y EXIGENCIAS DE LA PERSONA JURÍDICA TIPO FUNDACIÓN. 11. EL SENTI-

MIENTO FILANTRÓPICO ESTÁ EN EL ORIGEN DE LAS FUNDACIONES. **12.** EL PROBLEMA DE LA AMORTIZACIÓN DE LA RIQUEZA. **13.** CONGRESO DE DERECHO CIVIL DE 1866. **14.** BASE 2.^a DE LA LEY DE 11 DE MAYO DE 1888. **15.** CAÓTICA SITUACIÓN LEGISLATIVA. **16.** LA SITUACIÓN ACTUAL SIGUE SIENDO CONFUSA. **17.** RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL. **18.** EL ARTÍCULO 34 CE RECOGE UNA “GARANTÍA DE INSTITUTO”. **19.** PLURALIDAD LEGISLATIVA. **20.** DOCTRINA DEL TC ANTERIOR A LA LEY 30/1994. **21.** PROSCRIPCIÓN DE LAS FUNDACIONES FAMILIARES. **22.** EN EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE FUNDACIÓN TIENE PERFECTA CABIDA EL PROTECTORADO. **23.** EL PAPEL DEL PROTECTORADO YA HABÍA SIDO SEÑALADO POR EL TS. **24.** LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SE MANIFIESTA EN PRIMER LUGAR EN LA CLASIFICACIÓN. **25.** NATURALEZA DE LA CLASIFICACIÓN Y DEL PROTECTORADO EN GENERAL. **26.** A QUÉ EXTREMOS SE EXTIENDE LA CLASIFICACIÓN. **27.** ¿QUÉ OCURRÍA ANTES DE LA LEY 30/1994? SITUACIÓN ACTUAL. **28.** PUEDE HABER ENTIDADES QUE PERSIGAN FINES SEMEJANTES A LOS FUNDACIONALES SIN CLASIFICACIÓN. **29.** ORGANIZACIÓN. ESTATUTOS. **30.** OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA FUNDACIONAL. **31.** LA CLASIFICACIÓN NO PUEDE IR EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR. **32.** CONSECUENCIA DE LA CLASIFICACIÓN. **33.** CONTROL JURISDICCIONAL. **34.** CONTROL DEL PROTECTORADO. **35.** FUNCIÓN DEL PROTECTORADO DE CARÁCTER ECONÓMICO. **36.** OTRAS FUNCIONES.

1. Introducción

La fundación aparece como una institución con la que estamos familiarizados, sobre todo por el incremento que ha tenido la figura en los últimos 25 años del presente siglo; que muy pocos combaten; antes bien es generalmente elogiada y pacíficamente se conviene que juega un importante papel en nuestros días. Quizá por influencia norteamericana, en cuyo mundo las fundaciones han alcanzado un protagonismo extraordinario, se prefiere hablar de la fundación como de una especie dentro de la categoría más amplia de las organizaciones no lucrativas (“non profit corporations”) (1).

2. La fundación es una figura atormentada dogmáticamente

No voy a entrar en el mundo de lo “no lucrativo” sino ceñirme a la figura fundacional tal como la conocemos, que sin embargo es una figura que ha atravesado momentos muy difíciles tanto en el campo de su construcción dogmática (quizá ninguna otra figura haya suscitado tantas discusiones por ejemplo en cuanto a su existencia: teorías de la ficción, de la realidad, de la entelequia jurídica y otras aun negativas) como en el de su admisibilidad jurídica. Por ello vamos a hacer un breve repaso de los expedientes técnicos que pueden utilizarse para afectar una masa de bienes a la consecución de un fin de interés general (art. 34 C.E.) y a fijarnos en las vicisitudes legales por las que ha atravesado la figura hasta la reciente regulación por Ley 30/1994, de 24 de noviembre.

161

(1) Ver YUSTE GRIJALBA, José Luis, y DEL CAMPO ARBULO, José Antonio: “Apuntes históricos sobre fundaciones en España”, en *Situación*, Revista de economía editada por el Servicio de Estudios del Banco Bilbao Vizcaya Fundaciones BBV 1984/4, pág. 44.

3. La atribución de personalidad jurídica es un expediente técnico

La personalidad jurídica es un expediente, el más perfecto, para afectar unos bienes a la consecución de unos fines. Pero no es el único. El tema ha sido estudiado profundamente por CARLOS MALUQUER DE MOTES en su interesante obra, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil* (2).

La concesión de personalidad se puede estudiar como un procedimiento técnico para alcanzar determinados fines; como un instrumento privilegiado del que se ha abusado, sobre todo en el campo mercantil, como ha puesto de relieve FEDERICO DE CASTRO (3). Se ha extendido tanto el concepto de personalidad jurídica que ha quedado reducido a un *nomen juris* que engloba realidades diversas de las que no se puede predicar consecuencias semejantes.

162

4. Caben otros expedientes técnico-jurídicos para lograr las mismas finalidades

Son diversos los procedimientos técnicos de afectación permanente de un patrimonio a un fin. Entre ellos pueden citarse:

- la donación y el legado modales.
- la constitución de una propiedad fiduciaria.
(los llamados *charitable trust*)
- la imposición sobre los bienes de una carga real consistente en la contribución a la promoción del fin querido.

(2) MALUQUER DE MOTES, Carlos: *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proyecto)*, Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona 1983, especialmente la parte titulada: "El nacimiento de la noción de persona", págs. 109 y ss.

(3) DE CASTRO, Federico: "La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica", en *ADC*, 11, 1959, pág. 1937.

- la donación o el legado a una persona jurídica cuyo fin coincida con el que se quiere alcanzar.

- la creación de una persona jurídica especial para el fin pretendido, a la que se constituye titular de un patrimonio a él afectado, y se estructura mediante la organización adecuada (4).

La pretensión de explicar más adelante algunos aspectos de la nueva Ley de fundaciones de 24 de noviembre de 1994 no me permite detenerme a analizar estos expedientes técnicos.

Se ha sostenido que la fundación es una creación del Derecho positivo. Según esta posición no estaríamos ante una institución natural que se presenta al ordenamiento como un dato previo que se le imponga en su existencia y en las líneas generales de su ordenación (eso sucede, por ej., con la familia). Con la fundación no sucedería esto: su admisibilidad depende de una libre valoración que hace el Derecho positivo y las líneas de su ordenación son contingentes.

El ordenamiento estima digna de ser alcanzada una determinada finalidad, valora las consecuencias y considera que esos fines pueden ser tomados en consideración por el Derecho. Para ello existen una serie de elementos técnicos, siendo uno de ellos el reconocimiento de la existencia de una figura jurídica personificada. Expresión de esta idea es el aforismo medieval *solus princeps habet postetatem novi collegii fabricandi*.

5. Elementos permanentes en toda fundación

En la historia de la fundación hay un elemento permanente que es la promoción o realización de un fin de carác-

(4) Una explicación de todos ellos en VALERO AGÚNDEZ, Urbano: *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, págs. 44 y ss.

ter ideal, mediante la afectación permanente de una masa de bienes a la consecución de dicho fin. Por ello tenemos que conjugar cuatro, o quizá cinco elementos en el instituto fundacional; una *voluntad* que señala un *fin* de interés general que se pretende alcanzar, una *masa de bienes* destinada a su realización y una *organización* mediante la que se opera permanentemente la aplicación del patrimonio a la realización del fin querido por el fundador. Todo ello sin ánimo de lucro. Estos cuatro elementos están presentes en la definición del artículo 1.º de la Ley “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”.

El TC, en Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, sobre Cajas de Ahorro afirma que “el artículo 34 de la Constitución se refiere, sin duda, al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas, y que considera la fundación como una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general”. Esta definición ha sido objeto de crítica por JOSÉ MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ (5), por entender que la definición legal vale igual para las asociaciones, que también son organizaciones, también son entidades sin ánimo de lucro, también se han constituido por voluntad de sus fundadores y también afectan un patrimonio, mayor o menor a realización de fines que pueden ser de interés general. No obstante habría que objetar a JOSÉ MARÍA DE PRADA que las asociaciones pueden tener un fin banal, mientras las fundaciones tienen que tenerlo de interés público (art. 35 C.c.) o de interés general (art. 34 CE).

(5) PRADA GONZÁLEZ, José María de: “Constitución, modificación y extinción de fundaciones en la nueva Ley”, en *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, Fundación Futuro, 1995, pág. 27; también en trabajo anterior en la *Revista Jurídica del Notariado*, “Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones”, núm. 11, julio-septiembre 1994, pág. 207.

Estamos ante una categoría de personas jurídicas caracterizadas por estar el fin predeterminado por la voluntad individual y como la persona que lo ha determinado no puede, por la duración limitada de la vida humana, atender perpetuamente a su realización, quiere y ordena que otros continúen su obra cumpliendo aquel fin. DE PRADA destaca el carácter democrático de la asociación cuya vida social es regida por una junta elegida por los socios, mientras las fundaciones se rigen por un órgano que tiene autonomía plena incluso frente al mismo fundador (6). Resume muy bien CAFFARENA la distinción cuando dice: "Mientras que las asociaciones, al igual que las corporaciones, son entes de base asociativa, las fundaciones son personas jurídicas de base patrimonial.

Otra diferencia importante entre la fundación y la asociación estriba en que la vida de ésta se rige por la voluntad de sus miembros, en cambio la fundación se rige por una voluntad externa a ella, la voluntad del fundador debidamente manifestada en el negocio fundacional. En este sentido se podría hablar del carácter heterónomo de la fundación frente a la autonomía de la asociación" (7).

Pero sí quiero decir que cuando se crea *ad hoc* una persona jurídica, el deber de aplicar sus bienes fundacionales al fin querido por la voluntad fundadora, no es, respecto a aquélla, algo contingente, sino algo esencial y que constituye su razón de ser, su fin institucional.

Considerada la persona moral en un sentido estrictamente jurídico -normativa aplicada a un hecho- el dato real o supuesto de hecho a que se aplica la norma, es únicamente la concreta manifestación de voluntad de promover un fin mediante la aplicación de unos determinados medios

(6) DE PRADA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 28.

(7) CAFFARENA LAPORTA, Jorge, en *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 238.

patrimoniales. Como dice LÓPEZ JACOISTE: “la conducta humana organizada hacia la consecución del fin fundacional” (8).

6. El deber jurídico de realizar el fin es la única razón de su existencia

Al crearse por el ordenamiento un nuevo sujeto de derecho para la realización de esa voluntad, el deber jurídico de realizarla, que pesa sobre él, no es un deber contingente, sino uno que constituye su fin institucional, cuya realización es la única razón de su existencia. En esa organización el centro de gravedad reside en la vinculación del patrimonio al fin establecido por la voluntad de quien crea tal persona jurídica (9).

166

La creación de una persona jurídica con el exclusivo fin de actuar la vinculación de un patrimonio a un fin (para atender exclusivamente a la realización de éste), hace aparecer una modalidad particularísima en la titularidad sobre dicho patrimonio en cuanto que su titular lo es en la medida en que ha sido creado por el ordenamiento para la realización del fin pretendido con la afectación de los bienes.

Se puede afirmar que el patrimonio sin que deje *de* ser un sujeto es totalmente *para* un fin. Tal propiedad pertenece solamente a su destino y no depende de voluntad individual alguna. Es curioso que BRINZ (10) rechace la personalidad jurídica y la sustituya precisamente por el patrimonio de destino. Estamos ante una propiedad totalmente nueva, cuya característica esencial es su autonomía frente al titular, el predominio de la vinculación a un fin, que se impone a aquél. Esta imposición se manifiesta no sólo en el momento fundacional, por cuanto la administración de los bienes

(8) LÓPEZ JACOISTE, José Javier: “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, *RDP*, 1965, pág. 595.

(9) VALERO AGÚNDEZ, Urbano: *La fundación...*, cit., pág. 45.

(10) BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*, 1873, I, pág. 194.

tiene que orientarse necesariamente a la realización del fin; ni sólo en lo que respecta a su titularidad, fundamentada y medida por la vinculación de los bienes al fin, sino más radicalmente aún, dado el carácter instrumental de dicho sujeto, en su misma existencia, justificada únicamente por el servicio a la actuación de la afectación de los bienes al fin.

Por eso el artículo 12.2 de la Ley dice que “Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales”, y en el 21 se señala que “Las fundaciones están obligadas a: a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la Fundación, a sus fines fundacionales”. En el artículo 34 se prevé la intervención temporal “Si el Protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la Fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada”. Expresivo es también el artículo 29 al tratar de las causas de extinción al señalar en la letra b) “Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional”.

167

7. El procedimiento técnico en los ordenamientos continentales es la creación de una persona jurídica

En los ordenamientos continentales, el procedimiento específico para actuar la afectación de una masa de bienes a un fin con las características propias con que éste tiene lugar en el caso de la fundación, es la creación de una persona jurídica que se constituye como titular del patrimonio afectado y que desarrolla de forma permanente esa afectación, según la voluntad del afectante.

La persona jurídica es considerada en el momento actual como un procedimiento de técnica jurídica y un concepto doctrinal expresivo del mismo. Pero fundamentalmente es un procedimiento de técnica jurídica.

El procedimiento técnico de la personalidad consiste en

el otorgamiento a determinados supuestos de hecho de la vida real –taxativamente previstos– consistentes en una organización asociativa de personas o en una organización para la afectación a un fin, de un trato jurídico análogo al que el ordenamiento da a la persona física. Se admite universalmente –aun por los partidarios de la teoría de la realidad– que la personalidad es una creación del ordenamiento jurídico, bien por vía de mero reconocimiento declarativo de lo que ya existía en la realidad, bien por vía de concesión constitutiva.

8. Consecuencia de ello es la atribución de capacidad jurídica

168

La consecuencia de este trato es la investidura de la capacidad jurídica, la aparición de un nuevo sujeto de derecho con lo que se crea un patrimonio al que se ligan la propiedad, los créditos y obligaciones; todas las relaciones jurídicas que nacen de la actividad del grupo o de la organización patrimonial. Es lo que se expresa en la Ley bajo el capítulo “Patrimonio de la Fundación”. El artículo 17.1 dice que “El patrimonio de la Fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica”, y en el siguiente artículo 18 “La Fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos que integran su patrimonio”.

Es un procedimiento de unificación en la titularidad de las relaciones jurídicas y de independización de las mismas, respecto de los sujetos individuales, cuya agrupación constituye el supuesto de hecho que lleva aparejado tal trato jurídico, así como respecto de los que se benefician de la actividad de la organización personalizada y de los que ocupan sus órganos.

Estos efectos se producen más visiblemente en el campo patrimonial: la organización, como hemos visto, es titular de

un patrimonio independiente del propio del fundador o del de los destinatarios y, en todo caso, del de los ocupantes de los órganos que sirven a la organización. En consecuencia el patrimonio constituye una peculiar esfera de responsabilidad distinta de la de las personas que forman su substrato o sirven a su organización (11).

9. La fundación tiene capacidad jurídica plena

Como consecuencia de lo afirmado en el número anterior la fundación tiene plena capacidad, únicamente limitada por su carácter de ausencia de substrato físico. Así lo ha entendido la jurisprudencia cuando en Sentencia de 5 de noviembre de 1959 afirma que “en nuestro Derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general, por consiguiente en una esfera que va más allá en las relaciones económicas y que se extiende a todo campo, salvo aquellos límites que derivan de su misma cualidad de entes ideales que carecen de un substrato físico, y por tanto, el fin de ellas no constituye por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos”. A pesar del control de la Administración, el propio TS en Sentencia de lo Contencioso-administrativo de 28 de febrero de 1979 ha afirmado que el Ministerio de la Gobernación (hoy del Interior) uno puede por sí solo y menos contra la voluntad del Patronato iniciar expediente de modificación de fines y enajenación de bienes de una fundación particular, y

(11) Una amplia exposición de estos aspectos en la fundamental obra de VALE-RO AGÚNDEZ, Urbano: *La fundación...*, cit., págs. 57 y ss.

en su consecuencia resulta obvia su incompetencia para la modificación de los fines de la fundación de que aquí se trata”.

10. Características y exigencias de la persona jurídica tipo fundación

Las características de la persona jurídica fundación son: la presencia de un establecimiento (colegio, hospital, asilo...) o de una obra (conservar y mejorar el conocimiento de los valores naturales de la comarca de Doñana) o fin a realizar (contribuir solidariamente con cuantas instituciones y personas desarrollen su actividad en el campo del medio ambiente), determinado desde fuera por el fundador y la afectación de una masa de bienes aportados también desde fuera a la realización de dicho fin.

170

La realidad social necesitada de configuración y organización jurídica es una actividad promotora de un fin desinteresado y socialmente importante, mediante la vinculación permanente de un patrimonio y la aplicación de los rendimientos del mismo a la realización de dicho fin.

Las exigencias que debe satisfacer la organización jurídica de la fundación son: (1) Se hace preciso sustraer la masa patrimonial aplicada al fin fundacional, al poder de disposición en utilidad propia y a toda titularidad, de personas individuales que pudieran desviar el destino de aquella masa a finalidades distintas de las que fueron asignadas; la propiedad está vinculada al fin de la fundación. (2) Se requiere configurar un centro de actividad para el logro del fin propuesto sobre la base de que existan personas físicas que lo realicen, de forma que los efectos jurídicos de dicha actividad no se conecten jurídicamente con ellas mismas, sino que sirvan directamente al fin pretendido (a su realización). (3) Dado que la promoción del fin fundacional no se limita a un espacio de tiempo fijado de antemano, la organización

jurídica que someta la actividad que lo realice, ha de satisfacer una exigencia de permanencia en el tiempo. (4) No puede dejarse de tener en cuenta que el fin fundacional y las líneas generales de la actividad vienen fijadas por la voluntad del fundador que debe contar con la posibilidad de conformar la voluntad interna de la organización jurídica de la fundación para que sirva a la realización de dicho fin (12).

La personalidad jurídica cumple esas funciones exigidas de la forma jurídica de organización de la fundación.

11. El sentimiento filantrópico está en el origen de las fundaciones

Shepard STONE recoge las ideas que expresa un funcionario del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos afirmando: “Esa filantropía desempeña un papel especial y fundamental en nuestra sociedad; los servicios gubernamentales no pueden ofrecer un sustituto satisfactorio. Las organizaciones filantrópicas privadas pueden poseer características importantes de las que carecerá necesariamente un Gobierno moderno. Pueden estar muy descentralizadas y verse libres de una superestructura administrativa, viéndose sujetas a un control fácilmente ejercido de individuos con puntos de vista e intereses ampliamente diversificados. Esos rasgos o características dotan a esas organizaciones de grandes oportunidades de emprender nuevas formas de pensar y de actuar, de experimentar con empresas nuevas y todavía no probadas, de disentir con respecto a las actitudes dominantes y actuar con rapidez y flexibilidad, pudiendo provocar así un mayor interés y suscitar una mayor dedicación y energía. Esos rasgos o características han enriquecido y fortalecido el pluralismo de nuestro orden social” (13).

171

(12) VALERO AGÚNDEZ, Urbano: *La fundación...*, cit., pág. 57.

(13) V. STONE, Shepard: “Las fundaciones en occidente”, en *Situación*, cit., pág. 14.

Quiero llamar la atención acerca de que ha sido el sentimiento religioso de las gentes una de las causas que han impulsado el reconocimiento de la personalidad jurídica a masas de bienes organizados para cuidar un sepulcro, para sufragio del alma, para obras pías, capellanías y finalmente para beneficencia en general. Por eso, el control y vigilancia de las fundaciones en épocas históricas se encomendaba al Obispo (14). Curiosamente, aunque en la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de noviembre de 1994 se habla de lo “puramente benéfico y asistencial hasta lo cultural y artístico” como fines de las fundaciones (Ver núm. VI, párrafo 1.º), la palabra “beneficencia” ha sido suprimida del artículo 2.1 cuando define los fines de interés general. Ciertamente puede encuadrarse la beneficencia dentro de dichos fines en la expresión “asistencia social”, pero yo diría que, de intento, se ha prescindido de la expresión beneficencia, cuando ha sido ésta una de las causas más importantes de creación de fundaciones, al menos en el pasado. Hoy se prefiere hablar de “filantropía” entendida como “la disposición o esfuerzo activo destinado a promover la felicidad y bienestar de los otros seres humanos”. Representa el impulso que siente el afortunado de ayudar al necesitado. Al filántropo se le ha tipificado como una persona próspera que consagra una parte de su propia vida y riqueza a mejorar la suerte de los demás (15).

12. El problema de la amortización de la riqueza

Ocurría en España que la atribución de bienes a personas jurídicas dotadas de personalidad jurídica sustraía gran parte de los bienes al tráfico jurídico, lo cual fue mal visto

(14) Ver DE LORENZO GARCÍA, Rafael: *El nuevo derecho de fundaciones*, Madrid, 1993, pág. 251, donde habla de la influencia decisiva del Derecho canónico en esta materia del Protectorado y de cómo la función del mismo estaba atribuida al Obispo.

(15) Comp. WELLING, Willhem H.: “Modalidades y alcance de las fundaciones en Europa”, en *Situación...*, cit., pág. 21.

por los juristas del pasado siglo en nuestro país. Por ello se dictó una ley desvinculadora de 27 de septiembre/11 de octubre de 1820, que dispuso en su artículo 1.º, “quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otras clases de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquier otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres”. Y el artículo 14 añade, “nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos u otros fondos extranjeros”.

El efecto de la desvinculación fue muy amplio, pero no quedaba del todo claro si tal efecto liberalizador se extendía hasta comprender todas las obras pías. La Ley de 23 de enero/6 de febrero de 1822 se proponía acabar con la independencia de las fundaciones privadas pero, por el momento, las respetó y su validez fue reconocida por innumerables Decretos y Ordenanzas. Es más, en momentos de gran pobreza para el Tesoro Público y de crisis económica, era forzoso volver la vista a las fundaciones privadas de beneficencia que todavía eran numerosas y ricas, aunque mal administradas. De ahí que la Administración buscara afanosamente imponer la más efectiva inspección sobre la gestión fundacional y la revisión de sus cuentas (16).

Sobre la prohibición formal del año 1820 se va a montar todo el Derecho de Fundaciones, a través de la formulación de la Ley de 20 de junio de 1849 con una sola excepción a la prohibición general absoluta: las fundaciones cuyas finalidades sean la persecución de fines benéfico-privados. Como se trata de una excepción a la regla general es de

(16) YUSTE GRIJALBA, José Luis, y DEL CAMPO ARBULO, José Antonio: “Apuntes históricos...”, en *Situación*, cit., pág. 48.

interpretación restrictiva y se entiende justificado aplicar a la misma toda clase de rigores.

Todo el patrimonio aportado por el fundador (alguno con significado especial: su propia casa, por ejemplo, o algún inmueble y muebles con relación específica con el objeto de la fundación) deberá ser sustituido por las famosas láminas intransferibles del Estado. Se impone la gratuidad absoluta de todos los cargos de patrono (hoy art. 13.4 de la Ley) y, en fin, que todas las prestaciones que se financien con las rentas del patrimonio fundacional deberán hacerse en favor de colectivos indeterminados (hoy “colectividades genéricas de personas”; art. 2.2) para evitar que pudiesen reaparecer por la vía de los beneficiarios las proscritas vinculaciones. Se pretende con esta y otras prohibiciones que la fundación viva de forma exclusiva de las rentas que produzcan las láminas intransferibles, un patrimonio, pues, absolutamente congelado, insusceptible de diversificación o de cualquier dinamismo (17).

174

No es ésta la opinión de GARRIDO FALLA quien al comentar la obligación de permutar los bienes por títulos e inscripciones intransferibles de la Deuda consolidada del Estado vino paradójicamente a convertirse en un poderoso dique legal para la defensa de las Fundaciones de beneficencia, pues al declararse desamortizable su patrimonio, es decir, convertirse en valores públicos, se estaba admitiendo su posibilidad de subsistencia aunque de forma distinta, que es lo contrario de lo que se hubiese seguido de aplicarse la legislación desvinculadora, según la cual, dichos bienes hubieran terminado por adjudicarse como libres a los patronos activos o pasivos (18).

(17) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Constitución, fundaciones y sociedad civil”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1992, tomo I, pág. 360.

(18) GARRIDO FALLA, Fernando: “La acción administrativa sobre la beneficencia privada, y en especial sobre las fundaciones de este carácter”, en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 3.ª, Estudios jurídicos varios, vol. IV, pág. 368.

13. Congreso de derecho civil de 1866

Pero en la historia de la Codificación española hay un punto culminante que explica Carlos MALUQUER DE MOTES (19) y es el Congreso de Derecho civil de 1866, dado que uno de los temas que en él se plantean lo constituye las “personas sociales bajo el punto de vista del Derecho civil. Su nacimiento y registro. Su capacidad jurídica. Formas varias de propiedad social y modo de regulación”. Compusieron la Ponencia PI I MARGALL, SALMERÓN Y ALONSO, HIDALGO SAAVEDRA y Vicente ROMERO GIRÓN, que fue quien realizó exclusivamente el texto.

La ponencia rechaza la terminología “persona social” y se inclina por la de “persona jurídica” al considerarla más apropiada. La doctrina de la Escuela Histórica representada mayormente por SAVIGNY, es rechazada puesto que considera a la persona jurídica como una ficción. Para la ponencia la persona jurídica no responde a una creación ficticia, sino que se manifiesta de forma natural, de la misma manera que se manifiesta el derecho individual. Deben considerarse seres reales que “poseen voluntad y conciencia propias y representan, por decirlo así, la individualidad humana elevada al grado superior del organismo”, por lo que su existencia no depende de ningún modo de la ley. El ponente se muestra en el fondo partidario de la doctrina de AHRENS; lo que representa una de las manifestaciones del krausismo en nuestro Derecho.

La persona jurídica, a su entender, se produce dentro del campo del elemento social del Derecho. Su característica principal radica en la unidad del fin para un bien de la vida y, es medio, aunque no exclusivo, para conseguirlo, la constitución de un patrimonio adecuado al fin que se persigue. Los tratadistas modernos del Derecho romano dan pre-

(19) MALUQUER DE MOTES, Carlos: *La fundación como persona...*, cit., págs. 214 y ss.

ferencia al medio sobre el fin, con lo que implícitamente niegan la persona jurídica, al conceder excesiva importancia a éste, que no es más que el patrimonio. El ponente, sin embargo, frente a las otras aptitudes que destacan una cualidad del sujeto –capacidad para adquirir– ensalza la idea de sujeto de derecho, señalando el error en que incurren los autores que sostienen lo anterior, al dividir el derecho en personal y real cuando en realidad el derecho debe entenderse como esencia o cualidad de la persona y, por consiguiente, hay que rechazar en su totalidad la idea de ficción jurídica.

La ponencia se centra en una serie de conclusiones que se someten a la decisión y votación del Congreso y que en líneas generales son: Primera: La persona jurídica no tiene su origen en la Ley, ni se deriva de la acción del Estado, sino que es una creación natural que se dirige a la consecución de fines humanos. Segunda: El reconocimiento de las personas jurídicas corresponde al Estado por medio de la inscripción en un registro, o con autorización especial, que sólo podrá negarse cuando el fin sea ilícito, inmoral o contrario al orden social, sin perjuicio de la facultad de inspección, vigilancia y tutela del Estado. Tercera: La persona jurídica de orden moral tendrá regulado su patrimonio por el Estado, no sólo en su forma sino también en su cuantía (20).

Prácticamente recogen las conclusiones, las propuestas realizadas por el ponente (21).

(20) Interesantes coincidencias con el Congreso y sus conclusiones en la intervención de ALVAREZ ALVAREZ, José Luis: "El protectorado de las fundaciones: visión moderna", en *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, Fundación Marcelino Botín, 1992, págs. 143 y ss.

(21) MALUQUER DE MOTES, Carlos: *La fundación como persona...*, cit., pág. 217.

14. Base 2.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888

Como consecuencia de todo este movimiento doctrinal cuando se promulgan las Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888, en la Base 2.^a se afirma que “los efectos de las leyes y de los estatutos, así como la naturalización y el reconocimiento y condiciones de existencia de las personas jurídicas, se ajustarán a los preceptos constitucionales y legales hoy vigentes, con las modificaciones precisas para descartar formalidades y prohibiciones ya desusadas...”. De ahí la redacción de los artículos 35 y siguientes del Código.

15. Caótica situación legislativa

Sin embargo no acaba aquí la azarosa historia de la vida de la persona jurídica tipo fundación, en tremendo contraste con la facilidad con que se otorga la personalidad jurídica a las sociedades mercantiles dotadas de ánimo de lucro. Aunque reconocida por el Código civil, la regulación concreta del derecho es, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA una situación “esencialmente asistemática, confusa, fragmentaria, tributaria de concepciones sociales, jurídicas, económicas y políticas incluso hoy totalmente superadas, que proceden de la primera mitad del siglo XIX y que además, hay que decirlo rotundamente, han producido efectos catastróficos sobre la vida de las Fundaciones”. En la Exposición de Motivos de la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, (núm. II) se abunda en la idea: “La situación actual es la de una maraña legislativa constituida por reglas dispersas y dispares, con una vigencia e incluso validez más que dudosas y del más variado tipo”.

Pasamos por alto la historia de la figura desde el Código civil y el Real Decreto de 14 de marzo de 1899 sobre reorganización de los servicios de beneficencia particular e

Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno, mencionando únicamente el importante Decreto 2930/1972, de 21 de julio por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas, por ser de aplicación reglamentaria según dispone la Disposición derogatoria única de la Ley de Fundaciones.

16. La situación actual sigue siendo confusa

178

Con una redacción bastante farragosa se mantiene en vigor dicho Decreto de 1972 en la Disposición derogatoria única de la Ley al decir que quedan derogadas “Cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley recogidas en el Real Decreto de 14 de marzo de 1899 sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno, en el Decreto 2930/1972, de 21 de julio...”. Es decir, que el Decreto de 1972 está en vigor y también la Instrucción de 1899 en cuanto no se oponga a lo dispuesto en el Decreto de 1972. Por otra parte es conocido que el Decreto de 1972 es la norma en la que se ha inspirado la Ley de 24 noviembre 1994.

No desconozco la existencia de otras disposiciones acerca de las fundaciones laborales y de la construcción.

17. Reconocimiento constitucional

Llegamos a la Constitución española de 1978. En ella se recoge el derecho de fundación en el artículo 34, que tuvo un origen polémico. Las opiniones contrarias a la constitucionalización del derecho no fueron ni pocas ni apagadas. Un sector parlamentario consideró que las fundaciones eran

“anacrónicas, contrarias a la función social de la propiedad, en tanto en cuanto es injustificable que dicha función social sea siempre la que determine el fundador”. También se dijo: “Razones históricas (en la transición del Estado elemental al Estado liberal hay todo un proceso de lucha contra las fundaciones), jurídicas (la doctrina imperante a raíz de la promulgación del Código civil está absolutamente en contra de los patrimonios declarados y de vinculación *ad infinitum* de bienes) y económicas (al admitir constitucionalmente la posibilidad de la existencia de un proceso de acumulación de capital, sin la presencia clara de un titular, y aun teniendo en cuenta todas las variaciones que ha experimentado la Fundación en relación con todo el proceso de transformación del Estado, puede conducir a esta necesidad económica y a que dentro de un tiempo se tenga que proceder a promulgar nuevas leyes desamortizadoras)” (22).

Triunfaron, sin embargo, quienes sostenían la conveniencia de la constitucionalización del derecho de fundación. En la discusión parlamentaria se reconocía el derecho de asociación juntamente con el de fundación, con los mismos límites, si bien el de fundación lo era “con arreglo a la Ley”, previsión que no se extendía al de asociación. Fue en el Senado donde se produjo la actual definición de la fundación que se sacó de la sección 1.^a del Capítulo primero “De los derechos y libertades públicas”, para pasarlo a la sección 2.^a, “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, por lo que no tienen razón GARCÍA DE ENTERRÍA ni LACRUZ BERDEJO cuando dicen que, por aplicación del artículo 81 de la Constitución, la materia tiene que ser regulada por ley orgánica (23).

179

(22) Lo recoge PIÑAR MAÑAS, José Luis: “Las fundaciones en el marco constitucional”, en *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, Fundación Marcelino Botín, Santander, 1992, pág. 64.

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Constitución...”, *cit.*, pág. 368; para LACRUZ, ver “Aportación para una futura Ley de fundaciones”, en *Hacia un nuevo estatuto de las fundaciones*, pág. 108.

Contamos ya, por tanto, con un precepto, el 34, que nos dice: “1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.

2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”.

18. El artículo 34 CE recoge una “garantía de instituto”

Explica GARCÍA DE ENTERRÍA, citando a RUBIO LLORENTE que, a su juicio, el artículo 34 sólo contenía una “garantía de instituto”. Esta expresión procede de un famoso y ya clásico artículo de Martin WOLFF, en el año 1923, a propósito de la Constitución de Weimar. Concepto este de la garantía de instituto que perfeccionará años más tarde Carl SCHMITT hasta convertirlo, ampliando su alcance, en el concepto de garantía institucional (24).

180

Hay que conectar el artículo 34, en su expresión “con arreglo a la ley”, con el 53.1 cuando dice que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...”. GARCÍA DE ENTERRÍA y PIÑAR MAÑAS (en los trabajos citados) mencionan también el artículo 9 de nuestra Ley fundamental, en su número 2 cuando dice que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos...”.

Todo esto significa que la posibilidad de ejercitar el derecho de fundación y que las fundaciones ya creadas quedan constitucionalmente garantizadas, de modo que el legislador no puede ignorarlas, ni puede regular, en adelante tal derecho de forma tal que haga irreconocible su contenido. Dicho de otra manera, la remisión a la ley que contiene el

(24) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Constitución...”, *cit.*, pág. 356; V. también PIÑAR MAÑAS, José Luis: “Las fundaciones...”, *cit.*, pág. 65.

artículo 34 no otorga al legislador un cheque en blanco para regular a su antojo, o para desconocer, el ejercicio del derecho de fundación. Este tiene un contenido mínimo indisponible que identifica a las fundaciones y no puede ser distorsionado so pena de violar la garantía institucional misma y, por tanto, el contenido del derecho. La tutela del derecho, como en el caso de las asociaciones, comprende por igual la facultad de fundar y la autonomía del ente (fundación) ya creado.

19. Pluralidad legislativa

Con este panorama constitucional (artículos 34, que se remite también al 22, artículo 53.1 y artículo 9.2) se tiene que enfrentar al legislador para redactar y promulgar una ley de fundaciones. Ha tardado 16 años en hacerlo. Tanto que se han adelantado algunas Comunidades Autónomas a promulgar sus propias leyes autonómicas de fundaciones. Pero todas ellas, las autonómicas y la Ley general de 24 de noviembre de 1994, respetan ese contenido esencial que muy sucintamente está constituido por la masa de bienes, afectada a un fin de interés general y dotada de una organización adecuada para alcanzar el fin que el legislador ha querido, todo ello sin ánimo de lucro.

La actual regulación de las fundaciones es, pues, bastante complicada, estando constituida, en primer lugar por el artículo 34 de la Constitución, como norma suprema y de aplicación inmediata, como se encarga de resaltar Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. En segundo lugar hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Código civil (artículos 35 y ss.) y en tercer lugar están las disposiciones de la Ley 30/1994 de 24 de noviembre de aplicación general para lo que hay que ver la Disposición final primera, "Aplicación de la ley".

La legislación foral y autonómica está constituida por las leyes 42 a 47 del Fuero Nuevo de Navarra de 1973, modi-

ficada la ley 47 en 1987, la Ley catalana de 3 de marzo de 1982, con el Decreto del 27 de mayo del mismo año por el que se aprueba la Instrucción para la organización y el funcionamiento del Protectorado de la Generalidad sobre las Fundaciones privadas de Cataluña. También hay una Ley gallega de 22 de junio de 1983 y otra canaria de 29 de enero de 1990. Hay por último una Ley vasca 12/94, de 17 de junio, que se completa con el Decreto 404 de 1994, de 18 de octubre, sobre Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado y del Registro de las fundaciones del País Vasco. Hay que tener en cuenta, también, el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre Fundaciones de la Iglesia Católica.

Para armonizar todo este conglomerado normativo hay disposiciones en la Ley 30/1994.

20. Doctrina del TC anterior a la Ley 30/1994

Las sentencias constitucionales en las que se toca el argumento fundacional no son numerosas. La que podría haber sido la opinión fundamentada del TC sobre esta materia se podría haber dictado al hilo del recurso de inconstitucionalidad que presentó el Gobierno central contra la Ley catalana de fundaciones, pero no fue así, ya que el Gobierno desistió del recurso.

Tras reconocer y afirmar la supervivencia de las fundaciones y su protagonismo en el Estado social de Derecho del que es propio la “existencia de entes de carácter social, no públicos, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general” (STC 18/1984, de 7 de febrero), el Tribunal ha hecho referencia expresa y clara al concepto de fundación constitucionalmente garantizado. La STC 49/1988, de 22 de marzo, sobre Cajas de Ahorro, afirma que “el artículo 34 de la Constitución se refiere, sin duda, al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los

juristas, y que considera la fundación como una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general". Concepto clásico de fundación, al que ya me he referido antes cuando hablaba de que la ley deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE). Aunque la ley no debe definir, la Ley 30/1994 sí lo hace y en su artículo 1.º dice que "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".

21. Proscripción de las fundaciones familiares

No encajan en el contenido esencial de las fundaciones las llamadas "familiares", sobre las que existe la famosa polémica entre CÁRDENAS y DE CASTRO. El artículo 2.º de la Ley señala que "En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive".

183

22. En el concepto constitucional de fundación tiene perfecta cabida el Protectorado

La garantía institucional del derecho de fundación protege un determinado contenido del mismo, y en él tiene perfecta cabida el Protectorado. A él se refiere la ya citada STC 49/1988: "La Fundación nace de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a fines de interés general. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa, el Protectorado, para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman". En el voto particular del magistrado

profesor Luis Díez-PICAZO también se hace alusión al Protectorado: “La existencia del Protectorado del Estado pone de manifiesto la interacción Estado-Sociedad y las funciones que se atribuyen al primero, para que se obtenga el interés público presente en toda fundación”. En otro párrafo, “una cosa es el establecimiento de un Protectorado y otra distinta la traslación de poderes de gestión a manos públicas”. La gestión de las fundaciones pertenece a ellas mismas. A la Administración corresponde controlar esta gestión, pero dicho control, a la vista de la Constitución debe ser explicado en clave de libertad y, además dirigido fundamentalmente al cumplimiento de los fines de interés general que toda fundación debe perseguir, es decir, al recto ejercicio del derecho de fundación, cuya garantía institucional no admite una actividad administrativa excesivamente fiscalizadora y perturbadora de las fundaciones. Muy al contrario, y sin renunciar a ese control imprescindible debe volcarse en sus funciones de apoyo e impulso de la actividad de las fundaciones.

Rafael DE LORENZO hace una exposición de los distintos protectorados según la clase de fundación de que se trate (25). Pero resalta que más importante que la existencia de pluralidad de protectorados, es la de una regulación unitaria de los mismos. Y, en la actualidad, citando a PIÑAR MAÑAS señala que lo decisivo es la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, citando al respecto las siguientes normas constitucionales: patrimonio monumental (148.1.16), fomento de la cultura, investigación y lengua propia (148.1.17), promoción del deporte (149.1.18), asistencia social (148.1.20), sanidad e higiene (148.1.21, fomento de la investigación científica y técnica (149.1.15), defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental (149.1.28) o educación (149.1.30) (26).

(25) DE LORENZO GARCÍA, Rafael: *El nuevo derecho de fundaciones*, Madrid, 1993, págs. 260 a 263.

(26) DE LORENZO GARCÍA, Rafael: *El nuevo derecho...*, cit., pág. 265.

23. El papel del Protectorado ya había sido resaltado por el TS

Este punto ya había sido resaltado por el TS en viejas sentencias, por lo que se puede decir que el legislador ha respetado el artículo 53.1 de la Constitución. En efecto, la STS de 6 de marzo de 1905 se expresaba de la siguiente forma: “El Protectorado no tiene facultades para imponer su criterio y voluntad a los patronos, porque sería convertirse en patronato si libremente y según su voluntad pudiera interpretar las cláusulas de la fundación, lo cual incumbe a los Tribunales ordinarios y no a la Administración. Las facultades de la Administración, al tratarse de una fundación benéfica particular, están limitadas a respetar y hacer que sea respetada la voluntad de los fundadores y a proteger a sus representantes en el ejercicio de sus derechos”. En el mismo sentido se expresaba otra vieja STS de 5 de febrero de 1908.

185

Otra STS también antigua, de 26 diciembre 1947 afirmó: “El Estado se autolimita la potestad de intervenir en la administración de las fundaciones, imponiendo como única exigencia que los capitales a ellas afectados se inviertan sin conculcar los postulados fundamentales de la moral y de las leyes..., reserva que sirve para poner de manifiesto que el legislador estimó lo más adecuado y conveniente respetar la libre determinación de quienes por mero espíritu de munificencia y liberalidad, adscriben el todo o parte de su patrimonio al ejercicio de la caridad toda vez que el atribuirse facultades para modificarla, indudablemente despertaría recelos en los futuros fundadores, lo que además de entorpecer, y quizá impedir el desarrollo de aquellos elevados sentimientos de caridad cristiana, originaría en el orden de la tutela social que al Gobierno corresponde, perjuicios mucho más graves que los que en un caso concreto y determinado pudieran irrogar los patronos encargados de regir una institución de esta naturaleza, al no invertir adecuadamente los bienes a su conciencia confiados”.

24. La actividad administrativa se manifiesta en primer lugar en la clasificación

La actividad administrativa se manifiesta en un primer momento cuando se clasifica y, después, de acuerdo con el artículo 3 se otorga personalidad jurídica con “la inscripción... de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones”. Añadiendo, para mayor claridad que “La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley”. Un examen de la escritura fundacional debe existir. Pero reglado y no discrecional (27).

25. Naturaleza de la clasificación y del Protectorado en general

186

La clasificación y el Protectorado en general, son actos de policía administrativa, aunque de un carácter especial porque mientras “la policía limita administrativamente la actividad de los particulares en razón de la discrepancia que pueda existir entre el interés público y el interés por aquellos perseguido, en cambio el Protectorado tiene por finalidad inmediata la defensa de los intereses particulares de cada fundación (si bien esto se haga por la concordancia en principio existente entre estos intereses y el interés público)” (28).

En la actualidad con la Ley 30/1994 parece más adecuado matizar el carácter de policía, con la noción de fomento y vigilancia, o de protección. DE LORENZO resume las diversas posturas que, al respecto, se han expuesto y estima que “es más correcto hablar de tutela, pero lejos de considerar-

(27) GARRIDO FALLA, Fernando: “La acción administrativa...”, *cit.*, pág. 381.

(28) *Vid.* GARRIDO FALLA, Fernando: “La acción administrativa...”, *cit.*, pág. 377. La Sent. del T.S. de 17, abril, 1979, asigna al Protectorado la función de “policía”.

la una técnica para completar una supuesta capacidad insuficiente de las fundaciones, ha de ser explicada como técnica de fomento, como técnica, en suma, de protección (29).

26. A qué extremos se extiende la clasificación

Deberá la Administración examinar la escritura o el testamento (expediente indispensable en la actualidad según dispone el art. 7 de la Ley) para comprobar la personalidad del fundador, su voluntad de constituir una fundación, la existencia de dotación suficiente para el cumplimiento de los fines propuestos, y la organización o, como dice el artículo 8 e) "La identificación de las personas que integran el órgano de gobierno".

En la escritura, además de estos requisitos generales antes mencionados, deben existir unos Estatutos que también deberán ser examinados por la Administración, especialmente su organización y dotación (artículos 9 y 10). Todo ello producirá un acto administrativo de clasificación que, normalmente reviste la forma de Orden ministerial. La Ley 30/1994 no habla de ello, pero es de suponer que el Reglamento que debe dictar el Gobierno en desarrollo de la Disposición final quinta lo trate.

187

27. ¿Qué ocurría antes de la Ley 30/1994? Situación actual

No era ésta la situación anterior a la Ley de Fundaciones, ya que la existencia era previa a la clasificación (30). El fundador o fundadores expresaban su voluntad de crear una fundación y esa voluntad era suficiente para la existencia en el orden civil de la persona jurídica. Incluso hay

(29) DE LORENZO GARCÍA, Rafael: *El nuevo derecho...*, cit., pág. 274.

(30) Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: "La acción administrativa...", cit., pág. 372.

expresiones vagas de destinar bienes a fines altruistas que han sido interpretados por la jurisprudencia como expresivos de la voluntad fundacional. Hay una Sentencia de 7 de abril de 1920 en la que se afirma que “no se exige en el Código la aprobación del Estado, requiriéndose sólo una finalidad lícita, sin que la previa declaración de licitud sea igualmente precisa” (31). Aunque no podemos desconocer que ya la Instrucción de 14 de marzo de 1899 dice que “El Protectorado... comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a las colectividades indeterminadas” (art. 1.º).

28. Puede haber entidades que persigan fines semejantes a los fundacionales sin clasificación

188

En el artículo 9.2 de la Ley hay una situación de existencia de una fundación sin clasificación registro ni atribución de personalidad jurídica, ya que en dicho artículo se dice 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 en el Registro de Fundaciones”. Si la disposición afecta a la validez constitutiva no se habrá constituido una fundación de las de la Ley, pero como decía José Luis LACRUZ puede haber fundaciones válidas cuya clasificación no encuentra términos hábiles. Y cita la ley 44 de la Compilación de Derecho civil especial de Navarra cuando dice que cualquier persona puede crear fundaciones “sin necesidad de aprobación administrativa”. Concluyendo con la afirmación: “La existencia de la fundación no podría ser incumbencia de la Administración. Se trata de

(31) V. ALVAREZ, José Luis: “El Protectorado de las fundaciones: visión moderna”, en *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, cit., pág. 146.

un derecho fundamental, respecto del cual sólo los tribunales deben poder decir la última palabra” (32).

También es de interés en este punto la afirmación del artículo 11 al final: “En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos”.

Por su parte el Decreto de 21 julio 1972, que aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas (ver Disposición derogatoria única de la Ley de Fundaciones) y que exige la registración para la adquisición de la personalidad jurídica señala en su art. 8.1 que “los actos y contratos concluidos en nombre o por cuenta de una fundación que no obtenga luego la inscripción en el Registro sólo producirán los efectos que prevea el Derecho privado”. No dice que sus actos carecerán de efectos.

189

29. Organización. Estatutos

La mayoría de las fundaciones se constituyen por negocio testamentario. Hay muchas (se advierte repasando la jurisprudencia) que se constituyen en testamento ológrafo. Pero pueden constituirse por negocio inter vivos o mortis causa.

Hay que otorgar escritura fundacional en la que deben contenerse los requisitos del artículo 8 y en él, en la letra d) se alude a los Estatutos. Estos son fundamentales, porque en ellos hay que determinar los fines de la nueva persona jurídica, el ámbito en que han de desarrollar sus actividades y, por lo que ahora más nos interesa “el órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para

(32) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, I. Parte General del Derecho Civil, vol. 2.º Personas, capítulo revisado por Agustín LUNA SERRANO para la edición de Barcelona, 1990, pág. 318.

la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos”. Algunas de estas prescripciones parecen más propias de un reglamento que de una ley. Pero no sólo dice esto el artículo 9, sino que previamente ha señalado que en los Estatutos deben indicarse “Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios”.

30. Otorgamiento de la escritura fundacional

La escritura fundacional la otorgará el fundador o fundadores si el negocio es inter vivos.

190 Cuando la fundación se constituye por testamento, entiendo que puede también éste contener los Estatutos con las prescripciones del artículo 9 en sus letras d) y e). Pero puede haber ocurrido que el fundador por negocio testamentario “se haya limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación” (artículo 7.4). En este caso, serán los albaceas testamentarios y en su defecto los herederos, los que otorguen la escritura y los imprescindibles Estatutos.

Viene aquí a colación lo dispuesto en el artículo 179, párrafo primero del Reglamento Notarial que dice: “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, remitirán a la Junta de Beneficencia de la provincia 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”.

Si los albaceas o, en su caso, los herederos no constituyen la fundación, será el Abogado del Estado el encargado de instar la constitución de la misma, para que se cumpla fielmente la voluntad del fundador, que es la ley suprema de la fundación (art. 7.4).

31. La clasificación no puede ir en contra de la voluntad del testador

En la jurisprudencia hay una Sentencia del TS (Contencioso-administrativo) de 31 de mayo de 1985 en la que se analiza el caso de un testador que había dispuesto como se elegiría el patrono único de la fundación, habiendo la Real Orden que la clasificó, interpretado mal la voluntad testamentaria. El testamento decía que el patrono sería elegido por una Junta de electores en la que intervenían el Alcalde, el Cura Párroco y “cinco mayores contribuyentes” de la localidad. La Real Orden la clasificó pero añadiendo “los cinco mayores contribuyentes”. Era distinto lo dicho en la Real Orden y lo dispuesto en el testamento, porque la condición de “mayor contribuyente” era una existente en el momento de la clasificación.

El TS dice al respecto: “en las fundaciones benéficas particulares se respetará siempre la voluntad de los fundadores, por lo que en el caso presente será preciso tener a la vista el testamento del fundador para solucionar la cuestión que se analiza en presencia de lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil, siendo de notar que la R.O. de 28 de abril de 1927, antes indicada, fue dictada para completar las disposiciones del referido testamento en cuanto al procedimiento para el nombramiento de patrono, por lo que toda posible discordancia entre dicha Real Orden y el testamento debe resolverse en favor de éste por la necesidad de respetar la voluntad del fundador”. La voluntad del fundador fue que se nombraran cinco vecinos de entre los

mayores contribuyentes, no los cinco mayores contribuyentes.

Hay, pues, casos en los que la voluntad testamentaria puede tener que interpretarse o incluso completarse por los albaceas o en su caso, los herederos. Y la clasificación deberá ajustarse a la voluntad fundacional.

Respecto de la misma Fundación hay otra sentencia del TS (Cont-adm), de 24 de diciembre de 1985, que resolvió el problema de que la Administración, “dada la complejidad de los asuntos que en la actualidad presentan todas las cuestiones que en cuanto a la administración y representación de la fundación se suscitan, cree aconsejable que dicho Patronato esté formado corporativamente con número impar de miembros”. Y en otro párrafo del Cdo. 4.º: “El Protectorado ha de velar por el interés general de los destinatarios de la fundación al mismo tiempo que por el particular del respeto a la voluntad del fundador. O si se prefiere, lo que la norma quiere decir (se refiere al art. 1.º de la Instrucción de 1899) es que la voluntad del fundador ha de interpretarse valorando también el interés de los destinatarios en cuyo favor el fundador estableció la institución. De manera que la voluntad del fundador en el caso que nos ocupa no es tanto la adjetiva o procesal de que los Patronos sean uno, o dos, o tres, sino que el Patronato que se constituya esté en las mejores condiciones de servir a la colectividad de asilados. Y se respeta evidentemente la voluntad del fundador cuando concurriendo las circunstancias que aquí se dan, entre ellas la mayor complejidad que ha adquirido hoy la gestión de la fundación, se nombran tres y no un solo Patrono. Porque esas circunstancias ponen de relieve que no es bastante el Patrono único”.

No terminan aquí los incidentes de esta fundación, ya que vuelve a plantearse el problema en la Audiencia de Palencia, en Sentencia de 7 de noviembre de 1991. Esta es en vía civil y se trata de interpretar cuál fue la voluntad del fundador, estimando que “para una adecuada resolución del problema jurídico planteado no debe olvidarse que el

artículo 675 del Código civil establece que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca que fue otra la voluntad del testador. Incluso desde el punto de vista de la regulación administrativa, es de recordar que la Instrucción para el ejercicio del PROTECTORADO EN EL GOBIERNO DE LA BENEFICENCIA PARTICULAR, ... que se aprueba en el marco del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 en su artículo 6.º afirma que “en las fundaciones benéficas particulares se respetará siempre la voluntad de los fundadores, y sus patronos, cualquiera que sea el origen legal de su cargo, serán protegidos en el ejercicio de sus derechos”. Y en otro punto afirma: “Esta Sala, interpretando la cláusula testamentaria que aparece en los folios 23 y vuelto de autos, como integrante del testamento ológrafo aludido, estima que la voluntad del testador en relación con la fundación benéfica particular era claramente la de que ésta se rigiese por UN SOLO PATRONO y, solo excepcionalmente, por DOS O MÁS si no fuese bastante uno. Así se deduce no sólo por la claridad del texto, sino de una interpretación lógica del mismo...”.

193

32. Consecuencia de la clasificación

La clasificación termina con una Orden Ministerial ordenando la registración de la nueva persona jurídica, aunque ya en esta fase, y antes de la Orden Ministerial puede ser de aplicación lo que dispone el artículo 32, letra a): “Asesorar a las fundaciones ya inscritas y a las que se encuentren en período de constitución sobre aquellos asuntos que afecten a su régimen jurídico y económico, así como sobre las cuestiones que se refieran a las actividades desarrolladas por aquéllas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario”.

Es claro que el interés público o general (como dicen Código civil y Constitución española) hace que los bie-

nes sin dejar de ser privados, pues estamos tratando de las fundaciones privadas, tengan una afectación cuasi pública, que hace que la Administración no se pueda mostrar insensible hacia estas necesidades o apetencias de interés general.

33. Control jurisdiccional

Cuando, en la Ley se habla del Protectorado, se inserta un artículo 35 que dice que “Los actos del Protectorado que pongan fin a la vía administrativa serán impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.

194 Como he explicado en el número 31 de que la clasificación no puede ir contra la voluntad del testador, entiendo que cabe también plantear el problema en vía civil, si de lo que se trata es de interpretar la voluntad del fundador. Ya hemos visto como la cuestión planteada en los diferentes pleitos, en la fase actual, ha terminado resolviéndose en vía civil, porque se trataba de interpretar cual era la voluntad del fundador, tema típicamente civil.

Las actividades del patronato, que ahora es plural (al menos tres miembros; art. 13.1) y que vienen enunciados en el Capítulo V de la Ley (destinar el patrimonio y sus rentas a los fines fundacionales; dar información suficiente de sus fines y actividades; actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios) deben, anualmente, someterse a examen por la Administración, a través del correspondiente Protectorado.

Hay otras muchas cuestiones que deben plantearse en vía contenciosa, porque así lo dice la Ley y porque la naturaleza del acto administrativo que se discuta exigen que se plantee en dicha jurisdicción. Los supuestos que plantea la Ley son los de fusión de fundaciones (art. 38.2), extinción de las fundaciones (30.2 y 3), ejercicio de la acción de responsabilidad contra los patronos (art. 32.3), instar el cese de

los patronos e impugnar los acuerdos del patronato contrarios a la ley o a los estatutos (art. 32.3), intervención temporal de la fundación (art. 34.2).

Hay una clara intención de proscribir la clandestinidad en el funcionamiento de las fundaciones, de manera que, entiendo, ahora ya no caben las fundaciones a fe y conciencia. (Ver Disp. trans. primera 1.)

Ya que estamos tratando de temas jurisdiccionales, parece que, después de la nueva Ley, ya no es precisa la autorización del Protectorado para que la fundación pueda litigar. El art. 19 que exige autorización del Protectorado para enajenar, gravar, comprometer o transigir sobre los bienes fundacionales, no menciona que sea necesaria autorización ni comunicación para litigar (33) y ello a pesar de la sentencia del TC 164/1990, de 20 de octubre, que sostuvo lo contrario. Unicamente cabría sostener la opinión contraria en base a la exigencia de dicha autorización que se contiene en el Reglamento de las Fundaciones culturales de 1972, que reglamentariamente sigue en vigor, hasta que se desarrolle el nuevo Reglamento, que deberá tratar esta materia.

195

34. Control del Protectorado

Después de la clasificación, hay un segundo momento en la vida de las fundaciones en las que entra de nuevo en juego la Administración examinando el funcionamiento correcto de la fundación.

Es muy significativo del nuevo papel que el Protectorado debe jugar, la afirmación primera que hace el artículo 32: "El Protectorado facilitará el recto ejercicio del derecho de Fundación y asegurará la legalidad de su constitución y fun-

(33) REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, Alejandro: *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, pág. 92.

cionamiento". No es facultad fiscalizadora, sino de facilitación del funcionamiento del ente, de acuerdo con el artículo 34 de la Constitución.

35. Función del Protectorado de carácter económico

En cuanto al examen del funcionamiento hay obligación para las fundaciones de que el protectorado, anualmente, confeccione un inventario, balance de situación y cuenta de resultados, en los que conste de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial. También tiene que elaborar una Memoria expresiva de las actividades fundacionales y de la gestión económica, todo ello para comprobar el exacto cumplimiento de los fines fundacionales (V. art. 23).

196

Hay también regulada en la Ley una auditoría externa para cuando la fundación tiene un volumen económico determinado en el propio artículo 23: que el patrimonio supere los cuatrocientos millones de pesetas, que el importe neto de su volumen anual de ingresos sea superior a los cuatrocientos millones de pesetas, o que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a cincuenta.

El inventario, balance de situación y cuenta de resultados, así como la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior (art. 23.1 y 2) deberá hacerse de acuerdo con las obligaciones contables previstas en las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades... sin perjuicio de llevar la contabilidad exigida por el Código de comercio y disposiciones complementarias (art. 44).

Lo que se pretende con todo esto, aparte de la modernización de la vida económica de las fundaciones es examinar y comprobar la adecuación a la normativa vigente (art. 23. 4, final). Todo ello deberá comunicarse para su inscripción en el Registro de fundaciones.

36. Otras funciones

El Protectorado debe, ya se ha dicho, facilitar el recto ejercicio del derecho de fundación. Asimismo debe también cuidar de que la fundación en vías de constitución logre alcanzar la personalidad jurídica e inscribirse en el Registro, lo que está muy entroncado con la función de asesoramiento tanto a las fundaciones aún no constituidas como a las que ya se hayan inscrito. Y por último también debe señalarse que el Protectorado debe dar publicidad a la existencia y actividad de las fundaciones (art. 32) (34).

Esta función de dar publicidad parece que ha sido tomada en serio por el Ministerio de Cultura que publicó un grueso volumen de 941 págs. en el que se enumeran todas las fundaciones culturales registradas en el Ministerio de Cultura y en los Registros de las Comunidades Autónomas que tienen asumidas competencias en materia de fundaciones. (Fundaciones culturales privadas. Registro y protectorado del Ministerio de Cultura. Registros y protectorados de las Comunidades Autónomas, 1993.)

Hay otras funciones que son de sumo interés y que, por fin, se han regulado. No pretendo examinar todas ellas, pero sí detenerme en una de ellas que me parece especialmente interesante y es la de solicitar de la autoridad judicial la fusión de aquellas fundaciones que no pueden cumplir sus fines por sí mismas, con otras que tengan fines análogos. El Protectorado, creo yo, debería examinar detenidamente las fundaciones existentes y fusionar muchas que se han descapitalizado o cuyos fines no resultan adecuados para los tiempos que corren.

(34) REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, Alejandro: *La nueva Ley...*, cit., especialmente págs. 81 y ss., donde enumera detalladamente todas las funciones que en la nueva Ley se atribuye al Protectorado.

NEGOCIOS EN FRAUDE DE LEY SIMULADOS, FIDUCIARIOS E INDIRECTOS (*)

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Notario

199

I. Deslinde respecto de los negocios jurídicos simulados, fiduciarios e indirectos, de cuanto sea en fraude de ley

Las enunciadas cuatro clases de negocios, FEDERICO DE CASTRO (1) las agrupó, con los negocios en fraude de ley, en una categoría que denominaba “negocios anómalos”. Por mi parte, entiendo que, en las tres clases de negocios enunciados en el epígrafe, aquello que constituye fraude de

(*) Este estudio es un extracto de la *Metodología de la determinación del derecho*, II Parte sistemática, apartados 225 y 226.

(1) FEDERICO DE CASTRO, *El negocio jurídico* 398-400, Madrid, INEJ 1971, reproducido fascimilmente en 1985 por Civitas, pp. 329 y ss.

ley (2) debe deslindarse de cuanto no contenga tal fraude. Es decir, ha de separarse lo que es en fraude de ley —como la cizaña del trigo— de aquello válido que tengan esas tres clases de negocios fiduciarios, simulados relativamente o indirectos. Por ello, precisamente, para separar el examen de los negocios en fraude de ley y el de esos otros tres tipos, conviene comenzar por un somero análisis de cuanto de legítimo contengan éstos.

Recogiendo la doctrina elaborada acerca del fraude de ley, dice el art. 6, 4, C.c.: *“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se reputarán ejercitados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”*.

El mismo DE CASTRO (3) indica que el fraude de ley incluye los contratos con causa ilícita, sean éstos nominados o innominados, que son aquellos que en su causa *“se oponen a las leyes o a la moral”*, conforme dice el art. 1.275, inciso 2.º C.c. *“La utilización de un camino indirecto —sigue*

DE CASTRO— merecerá el estigma de ser en fraude, si con ello se ha buscado esquivar la sanción que merece el resultado perseguido. La figura del fraude se centra, por tanto,

(2) Escapa al objeto de este estudio el análisis pormenorizado del fraude de ley. Para su estudio puede confrontarse la abundantísima bibliografía española y extranjera citada por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS en su trabajo “El fraude a la ley (Ensayo de una dirección pluralista)” —recogido en *El título preliminar del Código civil*, Madrid, Academia Matritense del Notariado, Ed. Revista de Derecho Privado 1977, vol. I, pp. 273-437— y por JORGE CAFFARENA LAPORTA, “Comentario al artículo 6, 4, C.c.”, en *Comentarios...*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, vol. I 1.º, pp. 842 y ss.

Entre las mejores aportaciones de los autores españoles al examen del fraude de ley después de la reforma del título preliminar del Código civil de 1976, destaca a mi juicio por su completo examen del tema, desde los puntos de vista histórico, de Derecho comparado, de los precedentes legislativos, de la redacción del Código civil y la jurisprudencia, el referido trabajo de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS. En éste, como indica su subtítulo, propone una dirección pluralista en la concepción del fraude de ley, que la observa situándola entre la teoría de la interpretación y la del conflicto de leyes (28, pp. 396 y ss.); entre la ley defraudada y la ley de cobertura; con la posibilidad de que la ley defraudada sea la misma de cobertura (30-35, pp. 399-418); de la concepción objetiva y la subjetiva (37 y 39, pp. 424-435).

(3) F. DE CASTRO, *op. ult. cit.*, 457, pp. 373 y s.

en una anomalía que afecta la causa y que puede determinar su ilicitud o resultar ser en contra de la naturaleza del negocio. Habrá que distinguir si se ha contrariado una norma prohibitiva y condenatoria o una regla ordenadora de la eficacia de los distintos negocios; en este caso, no habrá causa ilícita, sino sumisión a las reglas que corresponden a la finalidad del negocio”.

Esta distinción claramente señalada por mi maestro don FEDERICO, concuerda con la regla 84 formulada por BONIFACIO VIII: “*Cum quid una via prohibetur aliud, ad aliud non debet admitti*”. Es decir, no debe admitirse que lo prohibido se burle por otra vía. Por tanto, se trata sólo de que no sea burlada la norma que deba aplicarse cuando no exista jurídicamente una opción correcta por otra solución (4). Esta ineficacia no impone necesariamente la nulidad total del acto o del negocio efectuado con esa finalidad, sino únicamente exige que se frustre este camino fraudulento sometiendo lo actuado a la ley que se quiso burlar.

Es decir, se impone su reconducción al cauce de la norma imperativamente aplicable, que podrá ser impeditivo de dicho acto o negocio, en cuyo supuesto esta opción no

201

(4) Ciertamente la expresión *fraude de ley* no es perfecta, sino indudablemente incompleta, la norma defraudada puede ser testamentaria o contractual (cfr. A. RODRÍGUEZ ADRADOS, *loc. cit.* 35, p. 416, que cita las SS. 28 de febrero 1974, 14 octubre 1971, 8 febrero 1975), aparte de que —como observó F. DE CASTRO, *Parte general* I, V, I, 3, c, pp. 608 *in fine* y s.— la unidad del ordenamiento jurídico “imponc su aplicación conjunta; al aplicarse una regla hay que tener en cuenta las demás normas (según su *ratio*), que se refieran a la realidad social que en verdad resulta de dicha situación”. El propio RODRÍGUEZ ADRADOS (34, p. 410) señala que la S. 6 de febrero de 1957 consideró fraude de ley la actuación efectuada “faltando a postulados éticos y apartándose de las directrices de la equidad de la ley”; y la S. de 17 de mayo de 1968, reiterada en las de 21 de febrero de 1969, 10 de mayo de 1974, 12 de mayo de 1972, 14 de junio de 1974, la aplicó a “actos contrarios a la realización de la justicia”.

Por otra parte —como advierte el mismo autor (33, p. 406)— muchas veces “frente a la norma eludida no se encuentra una especial y concreta norma de cobertura, sino que la cobertura viene dada por las normas privadas que consagran la autonomía privada c, incluso, fuera de ella, por la simple libertad de la persona humana”. Así notó que ya lo había observado la Constitución de Teodosio del año 439, recogida en *Cod.* 1, 14, 5).

será válida; o bien, en el caso de que tal norma sea limitativa, la ineficacia sólo le alcanzará en cuanto contrarie la norma que se quiso burlar. Entonces, como dijo DE CASTRO (5), el acto o negocio queda "sometido a las reglas de las que trató de escapar", y en lo demás no tiene por qué ser nulo.

Lo expuesto exige aún algunas matizaciones más, para determinar cuándo existe fraude de ley y cuándo no lo hay; y, en el primer caso, para determinar cuál debe ser el alcance de la ineficacia inherente a dicho fraude.

En primer lugar, para que haya fraude de ley es preciso que el acto no se ejercite en virtud de una opción legalmente establecida. Por lo tanto, no podrá haberlo en caso de que tal opción sea reconocida en una norma de conflicto de Derecho interterritorial. No cabe fraude de ley porque en ese caso se prefiera una norma a la otra, cualquiera que sea la razón de esa preferencia (6).

(5) F. DE CASTRO, *op. ult. cit.*, 458, p. 375.

(6) Son correctas aquellas opciones amparadas por el propio ordenamiento jurídico o por normas de Derecho internacional o interregional, sin que para estimarla tenga trascendencia alguna el motivo por el cual se efectúe la elección, siempre que se reúnan todos los requisitos necesarios para poderla ejercitar conforme la ley que la otorgue. Así, la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia testamentaria, en su art. 1, admitió la opción ejercitada indistintamente por cualquiera de las siguientes leyes: del lugar del otorgamiento, de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual del testador —estas tres últimas tanto con respecto a las que éste tenía en la fecha del otorgamiento como en la que tuviere al producirse su defunción— y, en fin, para los inmuebles la ley de su situación; y en su art. 7.º rechaza que esta opción por una de esas leyes, declaradas competentes, pudiera ser descartada por normas estatales, salvo que ella resultare manifiestamente contraria al orden público. Únicamente los arts. 10 y 11 admiten la posibilidad de reservas por los Estados, pero exclusivamente con respecto a los bienes que se hallan en su territorio. Incluso el art. 4.º declara la aplicación de la Convención a las formas de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo acto por dos o más personas —cuestión, ésta, de más discutible aplicación para los ciudadanos de aquellos Estados que consideran esta posibilidad como regla de fondo (España e Italia) y no de forma (Holanda y la jurisprudencia francesa)—. De esta cuestión me ocupé en mi ponencia del VII Congreso de la U.I.N.L. (Bruselas 1963), "Conflicto de leyes en materia de regímenes matrimoniales y sucesiones", 3. (Cfr. en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, vol. III, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España 1975, pp. 923 y ss.).

Como también ha escrito FEDERICO DE CASTRO (7), para la calificación jurídica de fraude: “se requiere que la ley evitada haya de entenderse de modo que deba aplicarse a dicho negocio, y que, por otra parte, las demás normas en consideración no sean suficientes, por ellas mismas, para otorgarle validez”. Este segundo requisito no se da en caso de opción que resulte ajustada a derecho tanto por una

Lo mismo puede decirse en cualquier otro caso de opción, como son las concedidas por las normas de Derecho interterritorial en el interior de un mismo Estado; así es, en España, la prevista en el art. 14, 3, 1.ª El hecho de que pueda efectuarse dicha opción por preferir, dado su contenido, estar regido por la ley correspondiente a aquella vecindad por la que se opta, no puede constituir de por sí fraude de ley. El fraude sólo existiría si hubiese simulación del presupuesto básico de dicha opción; es decir, en caso de no haber existido realmente la requerida residencia continuada durante dos años.

La S.T.S. de 5 abril 1994, que anuló dos testamentos otorgados conforme el Derecho foral de la tierra llana de Vizcaya, creo que no apreció bien el presupuesto en virtud del cual declaró el fraude de ley, ni las circunstancias en que se basó para apreciarlo (presupuesto y circunstancias que no habían sido examinados en la primera ni en la segunda instancia, por lo cual la Sala que resolvía en casación las estudió y lo resolvió por primera vez en el litigio). Lo entiendo así porque los demandados pudieron haber adquirido la vecindad foral por la residencia continuada en Sopelana desde el 31 de enero de 1974 al 31 de enero de 1976, y contra la realidad y legalidad esa opción ejercitada para adquirir la vecindad foral no se ve que exista prueba alguna que pueda contradecir la legitimidad de la opción, que fue inscrita en el Juzgado de paz de Sopelana, localidad en la cual estaban ellos empadronados como vecinos desde 1970.

Después de escrita esta nota, esa sentencia ha sido objeto de crítica desfavorable por ÍÑIGO MAGUREGUI SALAS, en su estudio *El fraude de ley en el derecho interregional*, Estudios de Deusto, 43, 1, enero, junio 1995, pp. 133-149. Entiende el autor que, si bien en Derecho internacional cabe el fraude de ley (art. 12, 4.º, C.c.) cuando con la utilización de la norma extranjera se trata de eludir las consecuencias de la norma aplicable según la ley nacional, entendiendo el fraude de ley “como la manipulación voluntaria del punto legalmente de conexión de una norma de conflicto a los efectos de pretender quedar bajo el amparo de un ordenamiento que no es el naturalmente aplicable, pero que es más favorable a los intereses de los particulares”. Según advierte, no ocurre así en el Derecho interregional conforme el art. 16, 1, llegando a la conclusión de que “ninguna alteración de la vecindad civil (punto de conexión) con el consiguiente cambio de ley personal y de acuerdo con el régimen previsto en el Código civil se puede estimar fraudulenta puesto que no se estará más que ejercitando un derecho reconocido legalmente”.

Por otra parte, en caso de haber existido fraude de ley al efectuarse ese cambio de vecindad parece que sería este cambio de vecindad lo que debería haberse invalidado; y no —como se hizo en la referida sentencia— el testamento. Después razonaremos esto.

(7) FEDERICO DE CASTRO, *op. ult. cit.* 456, p. 371.

como por otra ley. Sólo podrá haber fraude en este caso si realmente no existen las circunstancias de hecho precisas para optar por esta segunda ley. Es decir, que se haya aparentado su existencia sin que existan realmente, o sea, que haya habido simulación de todos o de alguno de los presupuestos necesarios para ejercitar la opción y que ésta se haya efectuado precisamente para obtener el resultado prohibido por la ley que se quiere incumplir.

En segundo lugar, como hemos visto, lo que fraudulentamente se ha pretendido conseguir contra ley debe resultar ineficaz y, por lo tanto, aplicarse la ley que se quiso eludir (8). En esto consiste la preconizada nulidad de lo efectuado en fraude de ley. No en extenderla a todo lo realizado, si con la ley que se trató de eludir no era inválido sino sólo aquella parte por la que se trató de evitar una prohibición o de escapar a una limitación o a una imposición. Por lo tanto, la ineficacia no puede ir más allá de esto, ya que el acto entero no es antijurídico sino sólo en aquello que es contrario al cumplimiento, que trató de soslayarse, de esa ley.

Es cierto que en algunos casos la nulidad del acto deberá ser total, como ocurre:

1.º Cuando la norma que se trata de eludir se refiere a una formalidad necesaria para la validez del negocio jurídico o si de modo absoluto prohíbe esa forma, sea ésta externa o bien interna sustancial. Pondremos algún ejemplo de uno y otro supuesto.

—Será totalmente nulo, por eludir una forma externa o propiamente esencial, el testamento ológrafo otorgado por persona sujeta a un ordenamiento legal que lo prohiba expresamente a las personas regidas por su propia ley.

(8) En este sentido, a favor de la que puede denominarse doctrina del doble efecto —ineficacia del fraude de ley pretendido y aplicación de las normas que se han querido eludir— y en contra de considerar absolutamente nulos los actos en los que haya intervenido el fraude de ley, también se manifestó RODRÍGUEZ ADRADOS (39 y 40, pp. 435 y ss.), que concluyó su ponderado estudio advirtiendo que “el abuso de la teoría del fraude de la ley vendría a constituir un fraude de ley”.

—Serán totalmente nulos, por eludir una forma interna sustancial, los testamentos mancomunados y los otorgados por comisario de personas regidas por una ley que los prohíba y que considere estos testamentos regidos por la ley personal de los otorgantes (*cfr.* arts. 669 y 670 C.c.).

2.º Cuando la nulidad de lo efectuado en fraude de ley deje totalmente sin causa el negocio mismo. De ese modo se entendió antaño que ocurría en los fideicomisos secretos dispuestos a favor de personas legalmente declaradas incapaces para suceder y encomendados al heredero instituido o a un legatario. Así resultaba, entendida *sensu contrario*, de la *Partida*, 6, 7, 13. En ésta, como causa sexta, por la cual los herederos debían perder los bienes a ellos relictos, indicó: “*quando el testador rogasse al heredero en poridad que diese aquella heredad, en que le estableciesse a algun fijo, o a otro que non podia heredar porque le era defendido por la ley. Ca si el heredero cumpliesse tal ruego o mandamiento del testador e la entregasse al otro, perderia porende el derecho que avia en la heredad*”.

205

En los demás casos la ineficacia no puede afectar sino a aquella parte del negocio efectuada en fraude de ley, es decir, en cuanto con éste se trató de soslayar la aplicación de una ley imperativa o prohibitiva. Esfumado así aquél aspecto del negocio efectuado en fraude de ley, queda al descubierto el negocio real, de tal modo que pueden aplicársele directamente todas las normas de la ley que fraudulentamente se quiso eludir. Ciertamente es que no han faltado opiniones de autores —que, sin embargo, no han prevalecido— e incluso algunas sentencias —contradichas por otras— que se han inclinado por la nulidad total. En algunos de mis estudios acerca de las legítimas y entorno de las donaciones (9) lo observé y discutí, recordando que si bien la

(9) *Cfr. Las legítimas*, XII, III, 16-18, pp. 1210-1216; y “Las donaciones de bienes inmuebles, disimulados según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, 1 y 2, 20 y 21, *A.D.C.* XXV-III, julio-septiembre 1972, pp. 669 y ss. recogido en mis *Estudios sobre donaciones*, Madrid, Montecorvo 1978, pp. 595 y ss. y 658 y ss. Allí recogí las

Partida 5, 4, 8, en su inciso final declaraba, sin hacer distinción alguna: "*E si el padre fiziere mayor donación, pueden la revocar los fijos, fasta en la quantia de la su parte legítima*", GREGORIO LÓPEZ, en su glosa este párrafo (10), observaba, que esa norma se había apartado de la opinión de HUGOLINO, seguida por la mayoría de doctores —que habían distinguido las donaciones inoficiosas de hecho pero sin intención (o *re tantum*) y aquellas que lo eran de hecho y con intención (o *re et consilio*), aplicando a las primeras la reducción dimanante de la *querella inoficiosae donatonis*, y considerando las segundas totalmente nulas— y, en cambio, tal apartado había recogido la opinión de AZÓN y de BALDO, que desconocía tal distinción, y las declaraba todas solamente revocables en cuanto lesionaran la legítima, y firmes a lo demás.

Mi conclusión es ésta: No parece hoy posible, por razón de fraude, imponer a donación simulada alguna una ineficacia mayor a la que le afectaría en caso de haberse efectuado sin disfraz. Si las normas de la —en un tiempo discutida— inoficiosidad *re et consilio* ya no son aplicables, no existe razón ni cauce alguno para aplicarla a las donaciones disimuladas con ánimo de defraudar las legítimas. Cosa distinta sería si la transmisión simulada careciese de *animus donandi* y hubiera obedecido sólo a la intención de

opiniones de AMADEO DE FUENMAYOR y JAVIER CABAÑAS que defendieron la nulidad de las donaciones con intención de defraudar las legítimas y de F. BONET RAMÓN, JULIÁN DÁVILA y F. VIRGILI SORRIBES, contrarios a ella y que tan sólo las consideraban reducibles en la cuantía en que lesionaran las legítimas. También examiné allí las sentencias que trataron esta cuestión con uno u otro de aquellos criterios.

(10) GREGORIO LÓPEZ, a las palabras "*algund fijo*" de esa ley, glosó "espureo o incapaz"; y a las palabras "*cumpliesse tal ruego*", glosó, recogiendo la opinión de JUAN DE IMOLA, que para estimarse hecho el encargo en fraude de ley, era preciso: 1.º, que el fideicomiso sea oculto; 2.º, que el heredero se hubiera comprometido secretamente, dando caución de restituir, y 3.º, que la restitución tuviera por destinatario a una persona declarada incapaz de suceder al testador. Por eso, si el encargo no fuese ilegal, sino dirigido a que se hiciera entrega del fideicomiso a una persona capaz o para otro fin lícito que resultase probado, valdría conforme al Derecho común. Así fue expresamente entendido, con referencia a la *Partida*, 6, 5, 14, y por el Tribunal Supremo en S. de 26 de julio de 1862.

ocultar bienes para defraudar la legítima, porque entonces –al no haberse querido efectuar donación alguna– la simulación fraudulenta sería absoluta. Pero, si además de ese *animus fraudandi* existe *animus donandi*, aunque ambos incidan en la misma donación disimulada, como aquel fraude tan sólo alcanza la medida en que la donación sea inoficiosa –puesto que en lo demás es legalmente posible–, no tiene por qué ser invalidada en cuanto no lesione legítima alguna (11).

En suma, en términos generales podemos concluir que en todo negocio en fraude de ley, una vez ha sido descubierto y desenmascarado el fraude, la donación descubierta queda cara a cara con la ley, y ésta debe aplicársele directamente. Desvelado y destruido el fraude, no hay razón alguna para imponer al negocio desenmascarado nulidades que no sean exigidas por la ley que, con él, se pretendió soslayar.

(11) Por lo expuesto, creo improcedente la nulidad, declarada por la antes referida SS. de 5 de abril de 1994, de los dos testamentos otorgados, uno por cada cónyuge a quienes la sentencia consideró regidos por el Derecho común y no por el foral vizcaíno, por razón de entender que esa opción por la vecindad foral fue efectuada por los testadores en fraude de ley. Ya he dicho antes que no me parece claro que esa opción pudiera calificarse de fraudulenta; pero, además, aun en caso de existir, la nulidad no tenía por qué afectar a los testamentos, sino únicamente en cuanto al nombramiento de comisario, sin que hubiera razón alguna para que alcanzase a la disposición de los bienes, que tan sólo debería reducirse al aplicar las normas del Código civil referentes a las legítimas, en cuanto quedaren lesionadas las estrictas de los hijos no instituidos.

II. Aspectos válidos de los negocios simulados, fiduciarios e indirectos. Observación de cómo las tres figuras se solapan, entre sí, en aquella parte en que resulten secantes

Comenzaremos –guiados por FEDERICO DE CASTRO– por repasar en qué consisten esos negocios:

A) Negocios simulados.

“La simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea éste contrario a la existencia misma (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa)”. En el primer caso, “la declaración falsa no encubre otra cosa que la carencia de causa”. En el otro, “la declaración falsa viene a encubrir otro contrato, el que, ese sí, tiene una causa verdadera” (12).

208

Decir que los negocios absolutamente simulados carecen de causa debe entenderse en el sentido de que tampoco tiene oculta una causa correspondiente a otro tipo de negocio jurídico. Pero, en realidad, siempre tienen una causa, ya sea ilícita o bien lícita, y siempre es fiduciaria. Aquella generalmente es una *causa fraudandi*. La segunda puede ser motivada por esa misma finalidad de defraudar o para eludir alguna posible ley injusta, en cuanto expoliatoria, que se tema pueda promulgarse (13), o también para asegurar una

(12) F. DE CASTRO, *op. ult. cit.* 403 y 404, p. 334.

(13) Como un caso patente de este tipo de simulación, efectuada con finalidad fiduciaria, puede considerarse la transmisión del Monasterio de Montserrat al Arzobispado de Barcelona, efectuada para evitar su desamortización, y que fue resuelto, un siglo después, en una escritura modélica, autorizada por RAIMUNDO NOGUERA, en la cual la Mitra de Barcelona se reservó el dominio eminente devolviendo el dominio útil a la comunidad. Para resolver legalmente supuestos reconocidos, facilitando el retorno a los fiduciantes, tenemos las Leyes de 11 de julio de 1941, 1 de enero de 1942 y el D. L. de 28 de junio de 1962, que se ocuparon de los casos en que la Iglesia, Ordenes o Congregaciones religiosas (Leyes de 1941 y 1942) y, después, por “cualquier persona natural” (D. L. 1962), que “hubieran apelado al refugio de valerse de personas interpuestas, hoy muertas o desaparecidas, haciendo radicar nominativamente en éstas la titularidad de su dominio, cuya disposición en realidad se reservaban”, y que habían sido otor-

mejor administración de los bienes (14) u obtener una negociación más ventajosa (15) o para cubrirse con la constitución de una sociedad anónima (16).

El mismo F. DE CASTRO (17) lo advertía cuando —después de observar que el negocio que adolece de simulación absoluta ha sido motejado de “*corpus sine spiritu*” (BALDO), de fuego fatuo, fantasma, figura vana, carente de seriedad y no querida (FERRARA)— apostilló: que esas frases “serán inexactas si se las entiende de un modo absoluto o sin excepciones. En efecto, el hecho de la creación de la apariencia tenía una determinada finalidad, la que si bien puede ser inocente o inocua, cabe también que sea ilícita y origine responsabilidad civil y hasta penal”.

Un tema, muy debatido en España acerca de la simulación es el referente a las donaciones efectuadas en forma de compraventas simuladas. Ese debate fue planteado, con el peso de su indiscutible prestigio, por FEDERICO DE CASTRO (18). Es cierto que en apoyo de su tesis se citan sentencias ante-

209

gadas a fin de salvaguardar sus bienes de disposiciones persecutorias del poder público (art. 1.º L. de 1 de enero de 1942). En fin, yo mismo he dictaminado acerca del carácter fiduciario de la transmisión del edificio de La Balmesiana de Barcelona al Obispado de Barcelona efectuada en los primeros años de nuestra última postguerra.

(14) Desde siempre el supuesto más general que de esa hipótesis tiene lugar es la del padre que pone el negocio familiar a nombre del hijo más capaz, pero continuando siendo él su dueño y habiendo convenido particularmente que muerto él sería para su mujer y de todos sus hijos. A veces, junto a esa motivación general, está la de que alguno de sus otros hijos o el marido de alguna hija, sea un maniirroto despilfarrador o que haya alguno disminuido físico o mental. En todos estos casos, a veces, no aparece clara del todo cuál ha sido la intención del padre en cuanto al destino final del negocio, dándose así origen a numerosas cuestiones y pleitos.

(15) También es frecuente, en ciertas circunstancias, que se ponga una propiedad a nombre de un mandante, por lo cual en la fiducia subyace una *causa mandanti* para que, por cuenta del fiduciante, éste efectúe la transmisión o adquisición de aquella propiedad que deba sanearse, mejorarse, parcelarse, dividirse horizontalmente, liquidar sus cargas, etc., a fin de venderla luego, a menudo por parcelas, chalets, locales, pisos o departamentos, todo por cuenta del fiduciante.

(16) Cfr. JOAQUÍN GARRIGUES y RODRIGO URÍA, *Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, I.E.P., 1952, vol. I, art. 93, p. 252.

(17) FEDERICO DE CASTRO, *op. cit.*, 425, p. 424.

(18) *Ibid.*, “La simulación y el requisito de forma en la donación de cosa inmueble”, A.D.C. VI-IV, 1953, pp. 1003 y ss. y 1016 y ss.; y, reiterándolo, *El negocio jurídico*, 436 y s., pp. 353 y ss.

riores del Tribunal Supremo; pero, creo haber demostrado (19) que éstas, en sus considerandos, lo que reclamaban era la prueba fehaciente de la “existencia de la donación del modo y forma que exige el artículo 633” –como dijo la S. de 3 de marzo de 1933 e hizo suya la de 22 de febrero de 1940– y, además, se daban otras circunstancias impositivas de la validez de las donaciones, que fueron las decisorias del fallo. Igual puede decirse también de otras sentencias que se citan en favor de esa tesis (20).

Las sentencias que verdaderamente han mantenido la tesis de la nulidad de las compraventas de inmuebles efectuadas en escritura pública que ocultan una donación, han sido las de 10 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 14 de mayo de 1966, 13 de mayo de 1983, 13 de octubre de 1987, 21 de octubre 1991, 20 de octubre de 1992.

210

Pero, a partir de la S. de 3 de abril de 1962, se inició una nueva corriente jurisprudencial que negó legitimación a los herederos voluntarios para impugnar, por simulación relativa, las compraventas de inmuebles que disimulen donaciones, aduciendo el respeto debido por los herederos a los actos propios del causante (21). Este criterio seguido por las

(19) “Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, 13 y 14, *A.D.C.* XXV-III, 1972, pp. 695 y ss. o en *Estudios sobre donaciones*, pp. 630 y ss., donde analizo las S.T.S. de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940 y 12 de julio de 1941, en las cuales, como dijo la S. de 29 de enero de 1945, “se ofrecieron a examen de la Sala donaciones, unas veces con causa ilícita y otras en forma condicional, con retractación oportuna del donante, y no se puede pretender que una misma norma regule la estructura jurídica de hechos dispares o contradictorios”.

(20) SS. 23 de junio de 1953, 5 de noviembre de 1956, 7 de octubre de 1958, 19 de octubre de 1959, 6 de enero de 1978 y 30 de abril de 1986. *Cfr.* mi estudio *ult. cit.*, 14, *A.D.C.* 1972, pp. 49 y ss. o mis *Estudios sobre donaciones*, pp. 636 y ss., donde comenté las indicadas cuatro primeras.

(21) La contradicción de este argumento con “la doctrina rigurosa” de que la forma solemne de la escritura pública de donación requiere que se exprese en ella el *animus donandi*, pienso que lo he mostrado en mi estudio *ult. cit.*, 17, *A.D.C.* 1972, pp. 709 y ss. o *Estudios*, pp. 650 y ss. Si los herederos voluntarios no se hallan legitimados para impugnar las donaciones así disimuladas, no hay razón para que lo estén los herederos forzosos en cuanto exceda de su legítima que no será sino la corta, estricta, si el donatario es otro descendiente del donante.

SS. de 22 de abril de 1963, 21 de marzo de 1964, 16 de octubre de 1965, 30 de mayo de 1968, 7 de marzo de 1980, no parece congruente con la “doctrina rigurosa” que considera a los herederos forzosos legitimados para impugnar las donaciones disimuladas, incluso en lo que éstas no lesionen su legítima, y es igualmente incongruente con esa “doctrina rigurosa” la jurisprudencia que excluye de aplicar ésta a las donaciones remuneratorias incluso en lo que éstas excedan del valor de lo que se remunera (22).

La tesis de la validez de las donaciones disimuladas en compraventas simuladas fue sostenida expresamente (23) en

(22) Antes de 1980 el Tribunal Supremo no había dicho ni aplicado sin decirlo –como advierte SILVIA DÍAZ ALABART (*loc. cit.* 5, 4, p. 1118)– que el hecho de ser remuneratoria una donación de un inmueble la excluyera de la aplicación del “criterio riguroso” de la nulidad en caso de estar simulada en escritura pública. Pero, algunos de los casos en que esa doctrina no la aplicó (SS. de 29 de enero de 1945, 16 de noviembre de 1956, 22 de marzo de 1961, 16 de octubre de 1963 y 10 marzo de 1978), la donación era remuneratoria; y en otras, en las cuales sí se aplicó el “criterio riguroso” (SS. 23 junio de 1953, 29 de octubre de 1956, 4 de diciembre de 1975) se dice que esa doctrina “ha de ser especialmente aplicada a las donaciones puras y simples”. La S. de 7 de marzo de 1980, directa y claramente dice que la nulidad de la donación encubierta, por no valer para ello la forma escritura pública de compraventa encubridora, no alcanza a la donación remuneratoria. Y la S. de 31 de mayo de 1982 invoca, en su tercer considerando, las SS. de 16 de noviembre de 1956, 20 de octubre de 1960, 7 de marzo de 1980 y las en ella citadas, para sentar que en todas ellas la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, “atenuando el rigor con que la propia doctrina se produce en los negocios de exclusiva causa liberal, estima que, en lo casos de donación remuneratoria, encubierta bajo forma de contrato de compraventa documentado en escritura pública, ni la ausencia de literal expresión de voluntad de donar y aceptar la donación, no deben ser obstáculo para la eficacia del contrato disimulado –donación–, si es que en ésta realmente concurren, además de los requisitos generales de todo contrato, los que corresponden a su naturaleza especial”. En este mismo sentido posteriormente se pronunció la S. 21 de enero de 1993.

En la doctrina fue ya indicada esta excepción por F. DE CASTRO (*op. ult. cit.*, 438, p. 356), la defendió ampliamente SILVIA DÍAZ ALABART (“La nulidad de donaciones de inmuebles disimuladas bajo compraventa de las mismas en escritura pública y...” III, *R.D.P.*, LXIV, 1980, pp. 1112-1123), y fue apoyada por MANUEL ALBALADEJO, “Comentario a los arts. 632 y 633”, IV, en *Comentarios del Código civil* promovido por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol II, p. 1606).

(23) Aparte de las sentencias que expresamente declaran esa validez, existen muchas otras en las cuales se razona y resuelve como si se diera por presupuesta la validez en general de la donación disimulada –aunque no se declare expresamente en la sentencia– en cuanto a sus diversas consecuencias sustantivas y procesales, como muestro en mi estudio *cit.* 10, A.D.C. 1972, pp. 682 y ss. o *Estudios*, pps. 615-620.

las SS. de 10 de diciembre de 1904, 5 de diciembre de 1916, 30 de junio de 1944, 29 de enero de 1945, 19 de enero de 1950, 31 de enero de 1955, 2 de junio de 1956, 16 de noviembre de 1956, 15 de enero de 1959, 22 de marzo de 1961, 20 de octubre de 1966, 9 de mayo de 1988, 22 de septiembre de 1889, 22 de enero de 1991, 19 de noviembre de 1992, 20 de julio, 13 de diciembre de 1993 y 14 de marzo de 1995. De ellas las más contundentes son las de 9 de enero de 1945, que tuvo como ponente al Magistrado CELESTINO VALLEDOR (24), la de 9 de mayo de 1988, de la que lo fue el Magistrado MANUEL GONZÁLEZ ALEGRE, quien dice que se confunden la forma y el fondo, pretendiendo la nulidad de la donación disimulada en escritura pública de compraventa. Razonamiento que repiten las dos sentencias que hemos citado a continuación de ésta. La S. de 14 de marzo de 1995, que tuvo por ponente al que fue presidente de la Sala 1.^a GUMERSINDO BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, consideró:

“La doctrina de esta Sala ha sido muy fluctuante en cuanto a la aceptación de las donaciones encubiertas bajo forma de compraventas, siendo en cambio pacífica cuando exige tener en cuenta las circunstancias de cada caso y dar validez a la donación de inmuebles, encubierta bajo compraventa otorgada en escritura pública, siempre que aparezca probado el ánimo de liberalidad del donante en las gratuitas, o la causa retributiva en las onerosas (SS. de 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre y 29 de noviembre de 1989)”. Es decir, acepta la validez de la donación disimulada tanto si es pura como si es remuneratoria.

El Magistrado ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS emitió un voto particular, entendiendo que “la *ratio decidendi* del fallo debió ser la falta de legitimación del actor para impugnar la

(24) Cfr. en mi estudio al que vengo haciendo referencia, 11, A.D.C. 1972, pp. 689 y ss. o en *Estudios sobre donaciones*, pp. 621-624.

donación, pues, como heredero universal de la donante, debe aceptar lo actuado por su causante, que en ningún momento, según se ha probado, ha manifestado la voluntad de poner de relieve la nulidad de la donación, hecha sin cumplir los requisitos legales de forma, sin que tampoco se haya probado (ni alegado en los escritos expositores del pleito) que le perjudique como heredero forzoso, circunstancia bajo la que sí estaría legitimado”.

“Nada obsta a lo razonado, el que el negocio jurídico fuese nulo absolutamente por infracción del art. 633 del Código civil. Si el causante del heredero voluntario no ha querido actuar en vida con fundamento en ese vicio contra el donatario, no cabe que tal heredero la suplante en esa voluntad” [La razón de justicia de dar por válida la donación disimulada, en ese caso, toma otro vericuetto, no disonante con la concepción teórica del emitente del voto particular, que —como se ve— no discrepó del fallo sino sólo de la *ratio decidendi*].

213

A mi juicio, la tesis favorable a la validez de la donación disimulada viene justificada principalmente por las siguientes razones.

1.^a *Histórica* —a la cual debió atenerse el Código civil conforme la base 1.^a de la Ley de 1888— que, dejando aparte el caso de transmisión a personas a favor de las cuales antaño no podía disponerse a título gratuito, en los demás supuestos de transmisión onerosa simulada para disimular una donación, en el Derecho vigente antes de promulgarse el Código civil se estimaba que esas transmisiones únicamente eran impugnables por quienes fueran perjudicados con ellas en su legítima y tan sólo hasta el límite del perjuicio que sufriría (25).

Notemos, además, que, como la historia, también, en el derecho comparado nos muestra que aquellos regímenes que más han influido en el nuestro se inclinan por la misma

(25) *Ibid*, 3, A.D.C. 1972, pp. 672 y ss. o *Estudios*, pp. 598 y ss.

solución de considerar válida la donación disimulada, aunque reducible en su caso. Así puede verse tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa (26) —que aplica los requisitos de fondo de las donaciones y los de forma correspondientes al acto oneroso simulado— e italiana (27). En cambio, en Portugal sí que los Tribunales habían aplicado el criterio de la nulidad de esas donaciones disimuladas, como arguyó VICENTE PINIES en el recurso de casación que fue aceptado en la S. de 3 de marzo de 1932.

2.^a *Finalista*, que atiende a que los requisitos exigidos en los arts. 632 y 633 C.c. no se refieren a la donación como contrato sino al acto en que de modo efectivo se realiza la transmisión de la propiedad o del derecho donados. Es decir, no afecta a su causa sino a su modo traslativo, que tratándose de muebles se realiza por la tradición material de la cosa —que de por sí no manifiesta *animus donandi* ni de otra clase, aunque lo requiera— o con escrito en el cual conste la aceptación del donatario; y que, tratándose de donaciones de bienes inmuebles, si se formalizan en escritura pública, ésta equivale a la tradición de la cosa transmitida (art. 1.462, 2, C.c.). Es decir, se trata de la forma de consumir la liberalidad, al añadir al título (*causa donandi et accipiendi*) el modo adecuado (28) de consumirla. Este

(26) Cfr. PLANIOL RIPERT, TRASBOT Y LOUSOUARN, *Traité pratique de droit civil français*, vol. V, 2.^a ed., París, Lib. Gen. de Dr. et Jurispr. 1957, 425 bis, p. 550.

(27) Cfr. BIONDO BIONDI, *Le donazioni*, Torino, Ed. Torinese 1961, 193, p. 579, nota 2; FRANCESCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, vers. española, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv. 1953, 36-38, pp. 236 y ss. y 57, pp. 392 y ss; EMILIO BETTI, *Teoría General del negocio jurídico*, ed. Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv. 1949, pp. 394 y s.

(28) Como en el siglo XVI dijo ANTONIO GÓMEZ (*Variae resolutiones* II, IV, 1), quien entrega (*tradit*) una cosa a otro CAUSA DONATIONIS: "*statim valet et perficitur donatio et transit dominium et plenum ius rei in accipientem ex illo titulo et causa donationis*".

Ese carácter traditorio de la donación es el que reclama la necesidad de la escritura pública para la donación de bienes, inmuebles, como explica la S. de 3 de marzo de 1932, con la finalidad de "que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos, a sus cónyuges, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio

modo discierne claramente el tránsito desde un intrascendente “*te daré*” al trascendente “*te doy*”, y, a la par que da fijeza a éste, asegura su seriedad, pues *donner et retenir no vaut* —como se decía en el Derecho francés antiguo—. Para donar hay que dar efectivamente (29).

Evidentemente es necesaria una prueba plena de la *causa donandi* o ánimo liberal, como han declarado las SS. de 3 de marzo de 1933, 22 de febrero de 1940 y 14 de marzo de 1995. Es decir, es precisa la demostración de que no existe simulación absoluta y de que la compraventa simulada responde a una causa de liberalidad. De modo semejante a su exigencia en los contratos cuando en ellos se exprese una causa falsa (art. 1.276 C.c.), del mismo modo cuando se consigna una causa falsa como título de la transmisión debe exigirse la prueba de que realmente ésta se efectúa como donación:

215

patrimonial le confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o, por lo menos, desprovista de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en pugna”.

(29) Como dije en su día (*op. ult. cit.*, 18, A.D.C. 1972, pp. 712 y ss., o *Estudios ult. cit.*, pp. 653 y s.), la tesis de que —según el art. 633— es requisito esencial que la misma escritura pública exprese el *animus donandi*, o sea, la causa liberal del negocio, parte del criterio de que, en nuestro Código civil, la donación es un contrato y de que la forma exigida en el art. 633 se refiere al contrato de donación y no sólo a la transmisión traditoria de la propiedad. Si cualquiera de estas dos premisas falla queda invalidado el razonamiento de esa “doctrina rigurosa”.

Esta objeción mía ha sido simplificada, para después desecharla, por SILVIA DÍAZ ALABART (*loc. cit.*, II, 2, pp. 1109 y s.) y por MANUEL ALBALADEJO (*Comentarios arts. 632 y 633*, IV, 4, pp. 180 y s.), al afirmar que para rechazarla basta el hecho de que la posición prevalente en la doctrina considera que la donación es un contrato y que, para nuestro Código civil, la jurisprudencia lo entiende así. Esto eliminaría mi objeción a una de las dos premisas, pero no a la otra (es decir: a que la forma exigida en el art. 633 se refiere al contrato y no al modo traslativo), de la que nada dicen. Pero, aun cuando fuera cierta la afirmación de que la donación es un contrato en el sentido de que lo es todo negocio jurídico que requiera dos voluntades que se concuerden en una oferta y una aceptación (así, con este significado lato, también serían contratos la concurrencia de una institución de heredero o un legado con su respectiva aceptación, y de un poder, sin mandato, con su aceptación tácita por el hecho de su ejercicio), esto no implicaría que el Código civil siguiera este criterio, puesto que no sitúa la donación entre los contratos sino entre los modos de adquirir, junto con las herencias; ni tampoco lo define como tal, sino como “*un acto de liberalidad*”.

La posición opuesta a esa validez puede llevar a patentes injusticias; y, por eso, en algunos de los casos más flagrantes la propia Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha llegado a negar a los herederos voluntarios la legitimación para impugnar las compraventas simuladas que disimulen donaciones, o bien considera válidas las donaciones remuneratorias disimuladas aún en cuanto excedan del valor del servicio remunerado. Pero, la realidad es que se produce una injusticia siempre que ese requisito, que exige el art. 633 C.c., pero que sólo se refiere a la forma solemne traditoria, se le extiende en el sentido de que se incluya la expresión del *animus donandi*; y, por ese motivo, se invalida la donación disimulada en la parte en que era disponible por el donante a título gratuito (30).

SILVIA DÍAZ ALABART (31) ha aconsejado a los donantes que, ante el riesgo de que la donación sea declarada nula, no disimulen su liberalidad en forma de compraventa; y en caso de no querer seguir ese consejo, les da este otro: que “en la escritura pública de compraventa simulada no se omita la inclusión de alguna cláusula del siguiente o parecido tenor: “Si, por la razón que sea, esta compraventa viniese a estimarse simulada, que no lo es, y que lo demuestre quien lo afirme, las partes hacen constar que la transmisión del inmueble vendido debe estimarse querida como donación”. Y quien me diga que tal cláusula huele a confesión de ser el contrato no compraventa sino donación, le respondo que lo sé perfectamente, pero que, con todo y aun-

(30) Cuando ya tenía escrito este capítulo ha aparecido el magnífico estudio de RAMÓN DURÁN RIVACOBÁ, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, Aranzadi, 1995, que analiza la materia enunciada en todas sus perspectivas y, exhaustivamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta finalizar el año 1994, por lo cual no recoge la S. de 9 de mayo de 1995. Todo este estudio enfoca el requisito de forma exigida en el art. 633 C.c. como requisito contractual —en contra de mi convicción que defiendo en el texto— de que este requisito se refiere a la forma traditoria —como ocurre para los bienes muebles en el art. 632, en rel. con los arts. 1.462 y 1.463 C.c.— y no a la forma contractual.

(31) SILVIA DÍAZ ALABART, *loc. cit.*, III, 7, p. 1123.

que así sea, el remedio de no ponerla es peor que la enfermedad de la nulidad de la donación a que se arriesga el que la omite”.

Por mi parte, me adhiero al primer consejo —hoy más llevadero de seguir que cuando el impuesto de donaciones era en medida desmesurada claramente *confiscatorio*. Ahora no lo es tanto y, por otra parte, el impuesto sobre la renta de las personas físicas, al gravar los incrementos patrimoniales no justificados, puede resultar tanto o más oneroso que el que de transmisiones, pues puede resultar gravado el incremento patrimonial obtenido por el donatario en mayor cuantía que la donación del bien transmitido—.

En cuanto al segundo consejo, pienso, en primer lugar, que es preferible que, en carta ológrafa o en acta notarial, se hagan constar los servicios o ayudas prestados por el adquirente a su disimulado donante (v. gr. haberle cuidado tantos años, haber llevado el peso de la explotación agrícola, industrial o comercial del transmitente, contribuyendo a su consolidación o acrecentamiento, o cualquier otro servicio o ayuda); y, en segundo lugar, que esa posible impugnación se prevenga en testamento (abierto u ológrafo adicional, con carácter codicilar) y se ordene, en él, la conversión en mejora o legado de la venta, si se declarase su nulidad absoluta de la transmisión realmente querida.

217

B) Negocios fiduciarios.

FEDERICO DE CASTRO (32) efectuó un magistral estudio del negocio fiduciario con una notable revisión crítica de la *teoría del doble efecto*. Esta había sido formulada en Alemania por FERDINAND REGELSBERGER (33) y CASTÁN TOBEÑAS la introdujo, primero, en la jurisprudencia (fue ponente de la S. de 25 de mayo de 1944) y, después, en la doctrina

(32) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, 460-493, pp. 379-442.

(33) *Ibid*, 462, p. 381.

española de conformidad a como la habían formulado VON THUR Y FERRARA (34).

En su estudio, F. DE CASTRO examinó los antecedentes históricos romanos, germánicos, de Derecho intermedio y del inglés (35), la evolución de la doctrina de los autores en Alemania, Italia y España (36). Aquí, JERÓNIMO GONZÁLEZ (37) había recogido la tendencia que, en Alemania, ya había sustituido a la teoría del doble efecto por un acercamiento del negocio fiduciario a la *Treuhänder*, mediante la que se atribuía al fiduciario una propiedad formal, como había dicho la R.D.G.R. 14 de junio 1922 (seguramente Don JERÓNIMO debió intervenir en su redacción). Es decir, le atribuía al fiduciario “una posición exterior de titular real frente a tercero”, mientras que, “interiormente, la relación entre fiduciante (“dueño material”) y fiduciario se aproxima a la comisión o al mandato”.

218 Seguía DE CASTRO su estudio con el examen del negocio fiduciario en el sistema jurídico español (38) y concluyó con un nuevo planteamiento para el estudio de la titularidad fiduciaria (39).

Conforme la teoría del doble efecto, la S. de 18 de febrero de 1965 había definido así el negocio jurídico fiduciario: “Negocio jurídico que se caracteriza por su naturaleza compleja y en el que confluyen dos contratos independientes, uno real de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial *erga omnes*, y otro obli-

(34) *Ibid*, 476, p. 404.

(35) *Ibid*, 468-472, pp. 389-395.

(36) *Ibid*, 473-476, pp. 395-405.

(37) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, “El fiduciario. Construcciones y teorías”, en *El titular*, IV y V, R.C.D.I. IV, 1928, pp. 285 y ss. y 365 y ss. Transcribe considerando de la Resolución de 14 de junio de 1922 y los comenta brevemente en las pp. 371 y s. Este trabajo fue recogido en sus *Estudios de derecho hipotecario y civil*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, vol. I, pp. 468-479, y lo referente a la Resolución de 1922 se halla en las pp. 478 y s.

(38) F. DE CASTRO 477-483, pp. 405-419.

(39) *Ibid*, 484-493, pp. 419-442.

gacional, válido *inter partes*, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea, la restitución de la misma cosa o el abono de su deber económico”.

Pero según nuestro sistema negocial ocurre que:

—sustancialmente se requiere la existencia de causa, aunque ésta no se exprese o se disimule con otra falsa (arts. 1.275 y 1.276, C.c.);

—en caso de quiebra se aplica la *separatio ex iure domini*, siguiendo la tradición jurídica, de poner los bienes “a disposición de sus legítimos dueños” (art. 908, C. de c.);

—se han dictado leyes regulando el retorno a sus dueños de bienes transmitidos por *fiducia cum amico* (L. 11 de julio de 1941, 1 de enero de 1942, D. L. de 28 de junio de 1962);

—el delito de apropiación indebida se extiende a quienes se apropian bienes poseídos por títulos que produzcan la obligación de entregarlos o devolverlos (art. 535 C.P.).

Por eso —como dice F. DE CASTRO (40)—, la “función conformativa del negocio”, que tiene la causa en nuestro Derecho, “no permite que el fiduciario, como tal, adquiera la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada”. Por otra parte, la aplicación inexorable de la teoría del doble efecto produciría “resultados injustos”, “dando preferencia a la forma externa sobre la realidad interna”, que son “inconciliables con la concepción de *ius equum* propia de nuestro Derecho” (41).

Desechada la teoría del doble efecto —advierde DE CASTRO (42)—, se recurrió por algunos autores a la *causa fidu-*

(40) *Ibid*, 484, pp. 439 y s.

(41) Creo que este argumento es extensible a cualquier supuesto de venta simulada que oculte una donación.

(42) CASTRO BRAVO, *op. ult. cit.*, 477 p. 407 y ss., y 485, pp. 420 y ss.

ciae (43); y, por otros a la diferenciación entre *propiedad formal* y *propiedad material*, ya indicada en la R.D.G.R. de 14 de junio de 1922 y explicada por JERÓNIMO GONZÁLEZ (44) y que, en cierto modo, recogería la S. de 8 de marzo de 1963, al decir que el fiduciario, “respecto del fiduciante obtuvo un *dominium impropie dictum* o propiedad formal y sujeta a condición que origina a favor del recurrido [el fiduciante] un derecho de reversión”.

Pero esa denominación de propiedad formal es poco expresiva ante el alcance que puede tener la gran variedad de tipos de fiducia (45) y las correspondientes series de subtipos de cada uno.

Para aclararlo es conveniente distinguir también —como el mismo DE CASTRO hace— el *negocio fiduciario* y la *titularidad fiduciaria*.

220 a) En el *negocio fiduciario* nos hallamos con una aparente transmisión de la titularidad sea por tradición (en bienes muebles y títulos al portador), por endoso (en letras de cambio y demás títulos endosables), o por escritura pública (necesaria si se trata de inmuebles).

Como dice F. DE CASTRO (46): “Al no haber precio, el contrato de compraventa [que es el medio generalmente

(43) MARIANO NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, Bosch, Ed. 1950, VI, p. 119; F. BONET RAMÓN, *Prólogo* a este libro, p. 17; JOAQUÍN GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Negocios fiduciarios en derecho mercantil*, Madrid, 1955. Discurso de ingreso en la R.A. de Jurisprudencia, p. 29; MANUEL ALBALADEJO, *El negocio jurídico* 130, Barcelona, Bosch Ed., 1958, pp. 225 y s.; y JUAN B. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch 1959, III, pp. 117 y ss.

(44) *Cfr. supra*, texto correspondiente a la nota 37 y locs. cit. en ella. Además, siguieron esta distinción, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, “Comentario a la S. de 10 de marzo de 1944”, *R.G.L.J.* 177, junio 1945, pp. 695 y s., donde distingue la *relación externa* y la *relación interna*, en la cual, frente al fiduciante “el fiduciario no pasa de ser un mandatario, un acreedor pignoraticio, un depositario, etc.”; por lo cual aquél es el verdadero propietario dotado de una *reivindicatio utilis* ejercitable en algunos casos, como en el supuesto de quiebra del fiduciario (art. 908 C. de c). También JOAQUÍN SAPENA TOMÁS, “Actualidad de la fiducia «cum creditore»”, *R.D.N.*, XVII-XVIII, 1957, pp. 168 y 187.

(45) F. DE CASTRO, *loc. ult. cit.* 485, pp. 422 *in fine* y s.

(46) *Ibid.*, 466, p. 387.

empleado para las transmisiones] se revela como contrato simulado. Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario, nunca llegará hasta convertir el negocio falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio". Incluso en la simulación absoluta —añade más adelante (47)— “también se creará generalmente una titularidad fiduciaria, ya que quien, por ejemplo, aparece como comprador en la compraventa hecha para escapar de la amenaza de un embargo, queda externamente en la situación de dueño, de la que puede aunque no debe, usar y abusar”. En caso alguno la causa puede ser abstraída del negocio en nuestro Derecho, pues no admite un negocio de tipo alguno equiparable a la *mancipatio* romana o al contrato transmisivo abstracto del Derecho alemán, por lo cual el negocio transmisivo no puede independizarse de su causa verdadera. Para determinar ésta es preciso penetrar más allá de la generalidad de la *causa fiduciae*, “que no es una, y concretar si se trata de dar una garantía de cobro, de un simple mandato, de un depósito, una custodia, una administración para destinar las rentas a un determinado fin, una manera de salvaguardar determinados riesgos o de defraudar” (48).

221

Las dos series de tipos históricamente mejor diseñadas de negocio fiduciario son las que originaron las calificadas de *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*, respectivamente. Aquél puede ser otorgado *inter vivos* o *mortis causa*.

El caso más antiguo traído por la historia —que conozco— de *fiducia cum amico* otorgada *mortis causa* es la de Telémaco, hijo de Ulises, que antes de emprender la lucha contra los pretendientes de su madre, Penélope, entregó a su amigo Pireo objetos preciosos que éste, terminada por Telémaco con vida la empresa, debería devolverle y que, en caso de haber parecido éste en su demanda, Pireo los guar-

(47) *Ibid*, 478, pp. 408 y s.

(48) *Ibid*, 485, p. 423.

daría para sí. Esa fiducia contenía una donación *mortis causa* de tipo resolutorio, como explicó MARCIANO (*Dig.* 39, 6, 1 y 2).

La fiducia *mortis causa* tuvo ciertamente notables desarrollos que se iniciaron en Roma con el *testamentum per aes et libram* que, con la fórmula de la *mancipatio*, atribuía la herencia al *familiae emptor*, que debía cumplir las instrucciones (*mandata*) que el testador le daba. Ahora bien, esta fiducia podía atribuir una titularidad real o formal, limitada o no, de la herencia, o únicamente encomendarle ya sea su custodia y administración o tan sólo su liquidación y entrega.

222

De ahí han derivado una serie de instituciones que conservaron más o menos pura la fiducia o bien la limitaron en mayor o menor medida. Al compás de que la ley ha ido recogiendo y positivizando esas tipificaciones de los límites impuestos a la confianza, ésta queda circunscrita a un margen determinado legalmente. De ese modo, podemos distinguir los casos de fiducia plena (fideicomisos secretos, herencia de confianza), menos plena (usufructo con facultad de disponer) y lata (fiducia de confianza –muy desarrollada en Aragón, Mallorca y Cataluña– en la que también se incluye la figura del comisario en la tierra llana de Vizcaya, y, en otros territorios, los usufructos con facultad de designar heredero). –De esas figuras de fiducia todavía persisten muchas en los territorios hispánicos de Derecho especial o foral (49)–.

Por otra parte, se han ido estereotipando, en figuras típicas, diversas instituciones, como los fideicomisos expresos, el modo, el albaceazgo, la donación *mortis causa*, la reversión convencional de las donaciones y las fundaciones, que dejan muy reducido el margen de fiducia.

Así, vemos un amplísimo abanico de causas incluidas en

(49) Cfr. mi *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. I, 88-191, pp. 2134-249; 113-114, pp. 265-268, y 189-191, pp. 415 y ss.

los tipos de negocios fiduciarios encubiertos en diversas atribuciones *mortis causa* y más o menos ampliamente definidas.

Matizó F. DE CASTRO (50) que la calificación del negocio fiduciario en cada caso "es una tarea muy delicada. En primer lugar, se habrán de separar aquellos negocios que puedan clasificarse dentro de otras figuras jurídicas. Esto sucede cuando se puede llegar a la conclusión de que se trata de un supuesto de mera simulación (S.T.S. 4 de marzo de 1955, 2 marzo 1961), no de un negocio sino de dos negocios sucesivos (S. 22 noviembre 1935), de una mera venta con o sin pacto de retro (S.T.S. 22 mayo 1955, 2 marzo 1961), de una novación (S.T.S. 28 enero 1946), de una dación o adjudicación en pago (S.T.S. 10 junio 1959, 25 mayo 1965, 20 enero 1946...), de préstamo (S. 28 diciembre 1955), mandato (S. 4 enero 1956), arrendamiento (S. 11 mayo 1962), sociedad civil o irregular (S. 5 octubre 1965), etc. Probada la condición fiduciaria del negocio, será en general fácil distinguir si se trata de una fiducia construida en beneficio del fiduciario, hecha por ejemplo, por medio de venta (SS. 20 mayo 1943, 10 marzo 1944, 23 febrero 1951, 3 mayo 1955, 31 octubre 1955, 22 mayo 1956, 25 septiembre 1956, 8 marzo 1957, 10 julio 1957, 6 marzo 1958, 10 noviembre 1958, 30 noviembre 1961, 8 marzo 1963, 14 marzo 1964, 11 junio 1964, 15 octubre 1964), cesión (S.T.S. 6 febrero 1931), aceptación cambiaria (S. 9 octubre 1958) o puesta en posesión de un local de negocio (SS. 25 febrero 1959, 5 diciembre 1960); de una situación fiduciaria creada en interés del fiduciante, sea realizada a efectos de mandato (S. 4 mayo 1950, 3 junio 1953, 22 diciembre 1955, 7 febrero 1956, 5 diciembre 1959), interposición de persona (S. 13 noviembre 1958), depósito (S. 2 febrero 1973), gestión (SS. 19 diciembre 1963), etc."

(50) F. DE CASTRO, *op. ult. cit.*, 493, pp. 440 y s.

b) *La titularidad fiduciaria* puede modalizarse y causalizarse. Como expuse hace más de treinta años (51), cabe que pueda faltar la inherencia que conlleva la reipersecutoriedad, mostrándose con eso que la distinción totalitaria y absoluta de los derechos patrimoniales en reales y personales es equivocada incluso conceptualmente. Precisamente, en contra de la teoría del doble efecto, mi maestro F. DE CASTRO (52) citó estos textos míos, para advertir (53) que ha podido contestarse “que la eficacia de un derecho real típico puede quedar debilitada conforme el título que lo constituye y que no es aceptable la concepción extremadamente rígida sobre los tipos de derechos reales”.

Como expuse, en el primero de los lugares recién citados, la elaboración dogmática del concepto de fiducia efectuada sobre la base de un negocio con efectos reales y otro con eficacia meramente obligacional, ha dado ocasión para que algunos hipotecaristas afirmen que en esas transmisiones hay que separar los aspectos real y obligacional, y rechazar que éste afecte a los terceros adquirentes (54). El dualismo dogmático que conlleva la clasificación total de los derechos en dos únicos grupos, irreductibles entre sí, perturba otra vez, para hallar una solución que resulte justa si la causa de la transmisión fiduciaria ha sido expresada en el título traslativo. La constancia en el título y en su inscripción debe determinar la falta de legitimación del titular inscrito, e impedir que al bien objeto de la fiducia se le dé un destino distinto de aquél para el cual ésta fue establecida

(51) “Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero”, I, C, II, y II, A, escrita el año 1961 con ocasión del centenario de la Ley hipotecaria de 1861, publicado en *A.A.M.N.* XIV, cfr. pp. 316 y s. y 328 y ss., recogido en mis *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, Nereo 1962, pp. 115 y 126 y ss., en *Estudios sobre derecho de cosas*, 1.ª ed. 1973, pp. 201 y s. y 212 y ss., y 2.ª ed. 1985, vol. I, pp. 278 y s. y 290 y ss.

(52) F. DE CASTRO, *loc. ult. cit.*, 476, nota 104, p. 405.

(53) *Ibid*, 485, p. 422.

(54) Este fue el criterio de la R.D.G.R. de 6 de julio de 1949.

y determinada expresamente en el título constitutivo. Esa constancia hace que la titularidad fiduciaria sea ineficaz fuera de los límites autorizados por la causa o el motivo causalizado que están expresados en el título de su constitución. O, si se prefiere decirlo de otro modo, el fin predeterminado queda inserto como condición implícita del negocio, aunque literalmente no se haya expresado que lo condicione.

Conforme advierte F. DE CASTRO (55), “mientras el falso dueño carece de todo poder verdadero en la cosa, este poder se dará en el negocio fiduciario, a consecuencia del pacto fiduciario; poder distinto, siempre, según el carácter de este pacto, que puede ser de mandato, comisión, servicios, depósito de garantía en beneficio propio o ajeno, poder que incluso cabe que consista en una enajenación más o menos amplia del poder dispositivo (poder irrevocable)”.

225

C) Negocios indirectos.

La figura del negocio jurídico indirecto ha sido enfocada desde perspectivas muy diversas.

a) Unos autores han tomando como nota distintiva, el dato de la finalidad jurídica tipificada, siempre que ese negocio sea utilizado únicamente como medio para lograr indirectamente la finalidad práctica querida, característica de ese tipo de negocios (56). Ante esta pretensión, algunos autores formulan –como DE CASTRO (57)– esta pregunta: “¿pueden conseguirse los efectos prácticos propios de un tipo de negocio jurídico, escapando de la aplicación de las reglas propias de éste, mediante el empleo de la estructura o forma de otro tipo de negocio?”.

(55) F. DE CASTRO, *loc. ult. cit.*, p. 423.

(56) *Cfr.* F. DE CASTRO, *ibid*, 502, p. 450.

(57) *Ibid*, 499, p. 448.

En su monografía acerca de la simulación, FRANCESCO FERRARA dedicó varias páginas a los negocios indirectos (58); que caracterizó por ser reales y por seguir “caminos transversales”. Concluyó del siguiente modo:

“Esta categoría general de negocios podríamos denominarla *negocios oblicuos* o indirectos, en cuanto para alcanzar un efecto jurídico se sirven de una vía oblicua, de una callejuela, de un *Schleichweg*, como dicen los alemanes. Esta categoría de negocios se coloca directamente en oposición a los simulados por el carácter real y visible de la operación llevada a cabo; y son subespecies suyas los actos fiduciarios, fraudulentos y aparentes, los cuales sólo se distinguen entre sí por diferencias accidentales”.

“Los negocios fiduciarios persiguen un fin *fuera* de ley. Los negocios fraudulentos persiguen un fin económico *contra* ley. Los negocios indirectos en su génesis histórica han sido ya los unos ya los otros; pero al hacerse usuales en el comercio y al ser tolerados y reconocidos por la jurisprudencia, se han elevado a la categoría de figuras jurídicas”.

Por su parte, DOMÉNICO RUBINO (59) los ha considerado como aquellos negocios que no pueden estimarse fiduciarios “porque el medio no rebasa el fin”; pero que se emplean “para fines ulteriores”, y quedan sujetos, salvo hipótesis de fraude, a la disciplina del negocio realizado cuyos efectos jurídicos han demostrado querer las partes. En esta especie de negocios —advierte (60)— realmente “la ley considera siempre las intenciones prácticas de los particulares, pero para una exacta valoración de ellas no puede ser privado de toda importancia el medio jurídico empleado”. Antes al contrario, “cambiando éste [el medio], el resultado queda modificado y asume una fisonomía distinta”. Consecuentemente, esta teo-

(58) FRANCESCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 8, pp. 95-100., ed. esp...

(59) DOMÉNICO RUBINO, *El negocio jurídico indirecto*, Introducción, 1, cfr. ed. en castellano, Madrid, Ed. Rev. Der. Priv. 1953, pp. 4 y s.

(60) *Ibid*, IV, II, 2, pp. 117 y s.

ría se concreta en requerir “una interpretación de la norma y, subsidiariamente, del supuesto de hecho”.

Así, los negocios indirectos, según los entendieron REGELSBERGER, KOHLER Y ARCARELLI —que han sido sus principales sostenedores (61)—, se caracterizan porque tienen por causa “el fin típico en abstracto” del tipo de negocio directamente concertado, por el motivo “correspondiente con los fines ulteriores a los que miran consensualmente las partes en el caso concreto”; es decir, por el motivo pretendido oblicuamente (62).

Hace más de cuarenta y cinco años, ocupándome de la donación *mortis causa*, en uno de sus capítulos, me referí a los negocios indirectos y allí toqué este punto (63). Expuse que si es utilizado un medio jurídicamente válido y realmente querido por las partes pero distinto al normalmente previsto para la consecución de la finalidad indirectamente perseguida, ésta no podrá dejar de ser considerada para determinar aquellos efectos imperativamente impuestos por la norma legal que las regula con tales efectos (v. gr., en una donación indirecta habrá que tener en cuenta la regulación de las legítimas para saber si debe ser reducida por inoficiosidad) (64), pues la posible doble configuración no puede alcanzar a permitir que se deje al arbitrio de las partes la regulación de cuestiones ordenadas imperativamente por la ley; ni puede admitirse que el mero orden lógico con el que se exprese una operación, aunque la volición de las partes haya decidido ese orden, pueda determinar que los

(61) Cfr. F. DE CASTRO, *loc. ult. cit.*, 495 y ss. pp. 442 y ss.

(62) Cfr. ASCARELLI, “Contratto misto, negozio indiretto, «negotium mistum cum donatione»”, *Riv. Dir. Commerciale*, XXVIII, II, 1930, pp. 468 y ss.

(63) Cfr. mi estudio “La donación «mortis causa» en el Código civil español”, XV, desarrollado en la I Semana Notarial de Santander en el verano de 1948; cfr. en *A.A.M.N.*, V, pp. 798 y ss. y, en especial, nota 405 bis, o en *Estudios*, *ult. cit.*, pp. 223 y ss.

(64) ¿Cómo podría aceptarse que una donación inoficiosa pudiese perjudicar en su legítima a los hijos del donante por el solo hecho de no ser directa sino indirecta?

efectos imperativamente impuestos por la ley sean esquivados por el negocio indirecto (v. gr., la revocabilidad de la donación por el solo hecho de que ésta se haya efectuado por un camino indirecto). La admisión o exclusión del juego de estos efectos podrá depender de un dato objetivo; pero no de la voluntad de las partes, ni del orden lógico en que, al tomar su decisión, hayan situado los fines perseguidos. Esto último no es admisible porque el Derecho no puede reducirse a geometría dogmática. Está para adaptarse a las exigencias de la vida, que no es tan simplista ni simétrica para que pueda ser recogida en unos cuantos principios lógicos, mejor o peor captados en una labor meramente conceptual de síntesis y abstracción. No olvidemos que la finalidad del Derecho —como dijo CARNELUTTI (65)— consiste en someter la economía a la ética.

Aunque ciertamente el fin indirecto no sea causa objetiva del negocio típico, sino sólo su motivo determinante, no puede decirse que estos fines indirectos no sean jurídicamente relevantes. Figuras de solera, como la donación remuneratoria y el negocio jurídico con causa inmoral, muestran lo contrario. Así lo han comprendido, con loable realismo, tanto la doctrina y la jurisprudencia francesa (66) como nuestro Tribunal Supremo (67).

Mi maestro F. DE CASTRO me hizo el honor de recoger algunas de estas apreciaciones mías que calificó de “fina percepción” y “aguda crítica” (68); e indicó que son “contrarios a la misma esencia del Derecho los intentos de reducirlo a un mero repertorio de tecnicismos, indiferente al significado social y moral de las conductas” (69). Conse-

(65) CARNELUTTI, *Teoría general*, 1.^a ed. vers. en castellano, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv. 1941, p. 56.

(66) Cfr. HENRI CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Madrid, Ed. Góngora, 1922, que cita varias sentencias en la nota 2 de la p. 251.

(67) Cfr., especialmente, la S.T.S. de 2 de abril de 1941, de la que fue ponente CASTÁN TOBEÑAS.

(68) F. DE CASTRO, *loc. ult. cit.* notas 37 y 42, pp. 454 y 456.

(69) *Ibid*, 503, p. 504.

cuentemente, consideró (70) que “para calificar cualquier negocio causal (no abstracto), habrá que considerar el propósito real, la finalidad práctica pretendida, y ello también aunque propósito y fin se busquen utilizando estructuras o formas inadecuadas, se haga abierta u ocultamente”.

Sin embargo, existe una diferencia entre el enfoque de los negocios indirectos de F. DE CASTRO y el mío. Mi maestro contemplaba principalmente los supuestos en que las causas típicas se degradan “a la condición de formalidades externas, sin que para la compraventa, sociedad y mandato, por ejemplo, se requiera que verdaderamente haya precio (venta de finca por una moneda), que nazca obligación de poner algo en común y haya ánimo de partir ganancias (sociedad anónima de conveniencia) o que haya obligación de prestar servicios por cuenta de otro (mandato con relevación de rendir cuentas)”.

En cambio, yo busco lo que de válido puede tener el negocio indirecto, deslindándolo de todo cuanto, en él, sea fraudulento o simulado. A esto último entiendo que deben aplicarse las normas correspondientes a los negocios en fraude de ley o simulados, reconduciéndolos a su sumisión a los preceptos imperativos o prohibitivos que atañen a lo realmente querido de modo indirecto. He buscado especialmente el aspecto útil, real y válido de los negocios indirectos que se puede hallar, pongo por ejemplo, principalmente en el tipo más lato de negocios indirectos, al cual voy a referirme después.

b) Otra concepción del negocio indirecto lo refiere —como dice RUBINO (71)— no sólo a una “combinación de negocios con fin indirecto”, en el que existe “conexión económica” entre ambos, “con subordinación recíproca” y con “trascendencia jurídica”, sino, además —como, con respecto a las liberalidades indirectas han dicho ASCARELLI (72) y

(70) *Ibid*, 501, p. 449.

(71) D. RUBINO, *op. cit.*, III, 1, pp. 79 y ss.

(72) ASCARELLI, *loc. cit. supra* nota 61.

FUENMAYOR (73)–, en aquellos en los cuales, en el más visible de los dos negocios que se combinan, aparece extraño a su relación jurídica aquel sujeto que es destinatario de la prestación convenida. En esa combinación de negocios aparecen, por lo menos, tres personas: el estipulante, *primus*; el promitente, *secundus*, y el destinatario, *tertius*. Así se observa en el seguro, en la renta vitalicia, o en la prestación de alimentos otorgados a favor de tercero.

Externamente, por lo menos, *primus* se empobrece realizando una prestación a *secundas* o contrayendo una obligación a favor de éste. Como contraprestación, *secundus* contrae una obligación a favor de *tertius* o efectúa a éste una prestación. Entre *primus* y *secundus* existe una relación denominada de *valuta*; y entre *primus* y *tertius* otra, denominada de *cobertura*, de la cual no se expresa la causa, pero que consiste en una prestación, ya verificada, en una obligación contraída o en una liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*. En un sistema causal, como el nuestro, la causa se presume, conforme resulta a los arts. 1.271, 1.275, 1.276 y 1.277 C.c. Y de no probarse que la causa es onerosa, debe presumirse –como sostuve hace años (74)– que es liberal, por las razones que entonces expuse.

El tipo más frecuente de esta clase de contratos indirectos es la donación a favor de un tercero (75); y la más importante de las especies de ésta son: el seguro a favor de tercero (76), la renta vitalicia y la prestación de alimentos también a favor de tercero.

No obstante, el seguro a favor de tercero puede tener otras causas, como son el pago de una deuda o la remune-

(73) AMADEO DE FUENMAYOR, "La deuda alimenticia del donatario", *R.D.P.* XXVI, 1942, p. 178.

(74) "La donación *mortis causa*...", XV, 2, *A.A.M.N.* V, pp. 806 y ss. o *Estudios*, ult. cit., pp., 227 y ss.

(75) *Ibid*, 3 y 4, para las donaciones *mortis causa* indirectas, *A.A.M.N.* V, pp. 808 y ss. o *Estudios*, pp. 231 y ss.

(76) *Ibid*, 5 a 8, *A.A.M.N.* V, pp. 811 y ss. o *Estudios*, pp. 232 y ss.

ración de servicios, que también puede ser la causa de una renta vitalicia o de una prestación de alimentos.

La relación entre el estipulante y el asegurado, en caso de constituir una donación indirecta –*intervivos* o *mortis causa*– comporta el problema de su cálculo para la computación de las legítimas y, en su caso, para la reducción de la donación. De ello me he ocupado ampliamente en varios lugares (77); y he entendido siempre que, a ese último efecto, no debe computarse el capital del seguro sino las primas satisfechas hasta el límite máximo del importe del capital asegurado; y que, además, debe excluirse su computación en caso de que las primas pagadas deban considerarse como donaciones usuales o inherentes a deberes de previsión –ya sea jurídicos o incluso meramente morales– bien por su modicidad o bien por razón de la persona y circunstancias del beneficiario y de los deberes morales que el estipulante tuviera con él.

231

En suma, los negocios simulados, fiduciarios e indirectos no son conceptualmente deslindables de modo nítido, ni su distinción es definible con exactitud. Tampoco aquí estamos ante conceptos abstractos sino ante series de tipos. Se observa una diferencia teórica clara no menos visible entre las duplas negocio simulado-negocio disimulado y negocio jurídico directo-negocio jurídico indirecto. Pero las simulaciones efectuadas a través de personas interpuestas se efectúan, sin duda, mediante una vía oblicua, es decir, indirecta, muchas veces en fraude de ley, por lo cual quedan fuera de la contemplación de este epígrafe. Entre los negocios fiduciarios y los indirectos, la diferencia es en la práctica más difícil de discernir, porque en los primeros la fiducia puede ser más o menos total y más o menos oculta, pues su margen

(77) *Ibid*, 5, A.A.M.N., pp. 816 y *Estudios*, pp. 237 y ss.; *Las Legítimas*, XII, II, 8, pp. 1163; *Comentario al art. 818 C.c.* IV, c, d, en “comentarios...” dirigidos por ALBALADEJO, vol. XI, 2.^a ed., pp. 269 *in fine* y s.; *Panorama del derecho de sucesiones*, I, 271, g. pp. 598 y s.; y *Coment al art. 818, IV, 2, g.*, ed. Ministerio de Justicia, vol I, pp. 2023 y s.

queda en ocasiones bastante delimitado; y en los negocios indirectos la determinación de la prestación a favor de *tertius* a veces no se halla totalmente determinada y, en cierto grado, queda confiada a *secundus*. Es decir, en unos y otros puede darse un más y un menos en estos elementos característicos, de modo tal que unas y otras calificaciones se superponen, sea completa o bien incompletamente.

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION COMENTADA

RENUNCIA DE UN ADMINISTRADOR MANCOMUNADO EN EL SENO DE LA JUNTA GENERAL

(Res. 23 junio 1994)

RESOLUCION de 23 de junio de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Enrique Salcedo Villaoslada contra la negativa del Registrador mercantil número V de los de Madrid a inscribir su cese como Administrador social (BOE 21 julio).

235

“En el recurso gubernativo interpuesto por don Enrique Salcedo Villaoslada contra la negativa del Registrador mercantil número V de los de Madrid a inscribir su cese como Administrador social.

CONTENIDO DOCUMENTAL

La Junta general universal de «Silboni, Sociedad Limitada», reunida el 15 de noviembre de 1993, acordó por unanimidad aceptar la dimisión de don Enrique Salcedo Villaoslada como Administrador de la sociedad.

CALIFICACION

Presentada en el Registro Mercantil de Madrid certificación del acta correspondiente, expedida el mismo día por don Marcel Olescu, como Administrador de la sociedad y en la que también aparece la firma de don Enrique Salcedo Villaoslada, ambas legitimadas notarialmente, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18-2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto

no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Defectos: Al dimitir en su cargo uno de los Administradores mancomunados, la sociedad queda carente de órgano de administración social, y por lo tanto acéfala, por lo que deberá convocarse Junta para el nombramiento de un nuevo órgano de administración. Resolución de 27 de mayo de 1992. Al regirse la sociedad por dos Administradores mancomunados, la certificación deberá ir expedida por los dos. Artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil. En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo, de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 2 de diciembre de 1993. El Registrador. Hay una firma ilegible».

REPLICA

236

Don Enrique Salcedo Villaoslada interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación en base a las siguientes alegaciones: 1) Que se supe-dita la inscripción de la dimisión a la convocatoria de Junta apoyándose en la doctrina del fundamento de Derecho segundo de la Resolución invocada, imponiendo al recurrente la obligación de convocar, junto con el otro Administrador, Junta general con la finalidad de nombrar nuevo Administrador, sin considerar la posibilidad de que la misma haya sido ya convocada y haya procedido a tal nombramiento. 2) Que de existir ya un nuevo Administrador (la actuación que se le reclama no sólo sería ilegal sino, quizá, penalmente punible, pues tal convocatoria tendría que hacerla como Administrador de la sociedad, lo que ya puede ser totalmente falso. 3) Que la doctrina que se acoge en la nota supone un intromisión ilegítima del Registrador en la vida social y en las decisiones personalísimas de los socios que bien pudieran decidir no constituirse en Junta, ya que ninguna obligación tienen de hacerlo. 4) Que la doctrina que refuta parte de la base falsa de que el legislador no quiere sociedades acéfalas cuando no es así, pues la muerte, ausencia legal, incapacitación, etc., pueden dejar a una sociedad acéfala, teniendo los socios dos caminos: Reunirse en Junta general universal o solicitar al Juez la convocatoria judicial de la misma. Invoca como argumentos jurídicos: El artículo 1.732.2 del Código Civil como causa de extinción del mandato que no resulta afectado por lo dispuesto en el 1.737 cuyo incumplimiento lo único que podría determinar sería una acción contra el mandante (sic), nunca un efecto «erga omnes» como es el mantener viva una inscripción en el Registro; el 125 de la Ley de Sociedades Anónimas a «sensu contrario» —si el nombramiento surte efectos desde la aceptación, la renuncia debe surtilos desde su formulación—; los 141 y 127 de la misma Ley en relación con la posibilidad de renunciias independientes de todos los miembros del Consejo de Administración y la mayor o menor diligencia en su presentación a inscribir por lo que al primero se refiere y el cumplimiento con el deber de diligencia sancionado en el segundo al que puede darse mejor cumplimiento, precisamente, dimitiendo sin pérdida de tiempo.

El Registrador, don Javier Navia-Osorio, decidió mantener su nota en base a los siguientes fundamentos: I. Que el órgano de administración en nuestro sistema legal societario, en especial por lo que a las sociedades de capital se refiere, es esencial y clave, al punto de que si no pudiera constituirse, la sociedad tendría que disolverse por imposibilidad manifiesta de cumplir el fin social. Y en un órgano de administración constituido por dos Administradores mancomunados que han de actuar conjuntamente, el cese de uno de ellos no permite atribuir todas las funciones al otro, pues los Estatutos sociales, inscritos y oponibles frente y por los terceros, publican lo contrario. II. Que no cabe configurar al Administrador social como un simple mandatario, sino como órgano social que desempeña una función con una serie de deberes y responsabilidades frente a la sociedad y los terceros, al que es exigible como mínima diligencia que, sin perjuicio de la absoluta posibilidad de desvincularse de su cargo, no puede con ello ocasionar daños a la entidad que en él había depositado su confianza. III. Que es cierto que junto con la posibilidad apuntada en la nota de calificación, convocatoria de Junta para proveer el cargo, caben otras, acudir a la autoridad judicial, disolver la sociedad o modificar sus Estatutos en orden al régimen de administración. Pero es lo cierto que el cesante no ha optado por ninguna de ellas, limitándose a optar por la más dañina para la sociedad. IV. Que aunque, ciertamente, cabe la posibilidad de que ya se haya procedido a un nuevo nombramiento, de ser así, debe presentarse a inscripción juntamente con el cese, pero mientras no ocurra, el Registrador debe limitarse a calificar los documentos que tiene a la vista conforme establece el artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil. V. Que la responsabilidad establecida en el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, no lo es sólo frente a la sociedad, sino también ante los acreedores sociales y, desde luego, la paralización que supone la dimisión de un Administrador mancomunado ocasionará, si no se subsana, daños patrimoniales que pueden llevar a la disolución de la sociedad. VI. Que la segunda parte de la nota es consecuencia de la anterior, si no se admite el cese, la facultad de certificar recae en ambos Administradores conjuntamente, conforme dispone el artículo 109.c), del Reglamento del Registro Mercantil. VII. Y que el supuesto planteado ha sido definitivamente resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 27 de mayo y 11 de junio de 1992.

REPLICA

El recurrente se alzó ante esta Dirección General frente a la decisión del Registrador insistiendo en sus argumentos sobre la incompetencia del Registrador para exigir a los Administradores sociales los deberes de diligencia propios de su cargo, la incongruencia que supone exigirle la convocatoria de una Junta si su dimisión es eficaz con tan sólo cumplir el deber

de notificarla, dejando así de ser Administrador y existiendo la posibilidad de que la sociedad haya nombrado ya un nuevo Administrador pese a no haber solicitado la inscripción de ese nuevo nombramiento. Finalmente, a través de un otrosí, se plantean las dificultades prácticas que surgen para someter a revisión jurisdiccional las Resoluciones de esta Dirección General resolutorias de recursos gubernativos, tanto desde el punto de vista de la jurisdicción competente como del procedimiento adecuado, por lo que suplica que al notificársele la presente Resolución, cualquiera que sea su contenido, se exprese el recurso o vía procedente para solicitar su revisión jurisdiccional y obtener, así, el amparo judicial efectivo del artículo 24 de la Constitución.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistos los artículos 141 de la Ley de Sociedades Anónimas; 11 de la de Régimen Jurídico de las de Responsabilidad Limitada; 66 de la Ley Hipotecaria; 101 de su Reglamento; 59, 66.2, 109, c), 111, 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de esta Dirección General de 26 y 27 de mayo de 1992, 8 y 9 de junio de 1993 y 24 de marzo de 1994.

238

1. Plantea el primero de los defectos de la nota recurrida una cuestión, la inscripción de la renuncia de los Administradores sociales cuando como consecuencia de ella queda inoperante el órgano de administración, que ha sido abordada en diversas Resoluciones por este centro directivo, como son las de 26 y 27 de mayo de 1992 y 8 y 9 de junio de 1993.

2. Sentaron las mismas la doctrina de que sin prejuzgar la facultad que corresponde a los Administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y han aceptado por más que la sociedad pretenda oponerse a ello (artículos 1.732 del Código Civil, 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil), no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia a que están sujetos en el ejercicio de ese cargo obliga a los renunciantes, cuando su decisión pueda traducirse en la vacante total o inoperancia del órgano de administración, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (artículos 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.737 del Código Civil), lo que impone subordinar la inscripción de tales renunciaciones hasta que haya podido celebrarse Junta general —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda resolverse la situación planteada, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial, de la que ellos habrían de responder (artículos 127,1.º y 133,1.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

En congruencia con esa exigencia, tuvo ocasión de decir la Resolución de 24 de marzo del corriente año, que convocada Junta general para tomar

conocimiento de la renuncia presentada y adoptar las medidas oportunas para suplirla, ha llevado ya el renunciante, hasta donde las atribuciones de su cargo le imponían, aquel deber de diligencia que le era exigible, no pudiendo, a partir de entonces, entenderse que su facultad de dimitir quede condicionada a contingencias que, como la válida constitución de la Junta, la ausencia de acuerdo sobre un nuevo nombramiento, la aceptación del nombrado, su incapacidad o cualquier otra, quedan ya al margen de su voluntad y posibilidades de actuación.

En el presente caso, reunida la Junta general y aceptada la renuncia presentada por uno de los Administradores mancomunados, ningún obstáculo existe para su inscripción, siendo un problema totalmente al margen de esa posibilidad el que pueda plantear la inoperancia del órgano de administración si por la propia Junta no se toman las medidas que puedan solucionarlo.

3. Figura en la nota recurrida un segundo defecto, el no estar expedida la certificación del acta presentada a inscripción por ambos Administradores mancomunados, tal y como exige el artículo 109, c), del Reglamento del Registro Mercantil.

Recurrida la nota en su conjunto, aun cuando sobre este particular no contenga argumento alguno el escrito del recurrente, y aceptado así por el Registrador en su decisión, resulta obligado entrar a analizarlo.

La facultad de certificar implica la atribución de una función, la de exteriorizar el contenido de las actas y acuerdos de los órganos sociales colegiados, que aquella norma reglamentaria reserva a quienes son depositarios de la confianza de los socios en virtud de su nombramiento como Administradores. Si aquella confianza se ha depositado en dos Administradores mancomunados, a ambos conjuntamente corresponde aquella facultad como cualquier otra de gestión, de donde resulta evidente una dificultad más de entre las que puede encontrar la actividad futura de la sociedad si, aceptada la renuncia de uno de ellos, no provee a un nuevo nombramiento o a modificar la estructura del órgano de administración. No obstante, este caso concreto plantea especiales singularidades: De una parte, resulta que la certificación aparece suscrita también por el Administrador dimisionario y su firma legitimada, aunque sin especificar en qué concepto, pues es evidente que presentada y aceptada su renuncia como Administrador ya no podía actuar como tal, pero en todo caso sirve tanto para corroborar la realidad de aquella renuncia, como de prevención frente a posibles falsedades de la certificación, cumpliendo con ello la exigencia del artículo 111 de Reglamento del Registro Mercantil; de otra, ha de tenerse en cuenta que la aceptación de la renuncia ha sido calificada por la doctrina de este centro directivo como acto formal y obligado, como expresión de un simple conocimiento de la declaración de voluntad unilateral que implica por parte de la sociedad, lo que patentiza suficientemente el documento presentado a inscripción al estar suscrito por el Administrador que continúa en el cargo junto con el que ha dimitido del mismo; y, finalmente, que de igual forma que la actitud pasiva de la Junta al no proceder al nombramiento de un

nuevo Administrador que sustituya al dimitido no puede considerarse un obstáculo que impida la inscripción de la renuncia, esa misma actitud no puede elevarse a la categoría de obstáculo meramente formal al mismo fin.

4. Finalmente, y vista la solicitud del recurrente de que se le señalen los recursos que en su caso procederían frente a la presente Resolución, ha de tenerse en cuenta que la calificación registral y los recursos que se interponen frente a ella en la llamada vía gubernativa, se entienden limitados, tal y como establece el artículo 59 del Reglamento del Registro Mercantil, a los efectos de extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado, razón por la que no excluyen el derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para litigar entre sí acerca de la validez de los títulos calificados (cif. artículo 66.2 del mismo Reglamento), siendo vinculante para el Registrador e inscribible, como es natural, la ejecutoria que recayere, cuya eficacia puede garantizarse solicitando anotación preventiva de la demanda (cif. artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 101 de su Reglamento). Es por ello que las Resoluciones de este centro no determinan, y tampoco va a hacerlo en el presente caso, qué concretas acciones, ante qué jurisdicción y en qué plazo pueden ejercitarse, pues es al interesado al que compete a la vista de la naturaleza del acto, de su autor y de su forma, elegir la que a su juicio sea procedente o la más adecuada.

240

Esta Dirección General acuerda estimar el recurso revocando la nota y decisión del Registrador”.

COMENTARIO

TEMAS PLANTEADOS Y ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Exposición de los hechos

La estructura del órgano de administración de “Silboni, Sociedad Limitada” es la de dos administradores mancomunados. Dicha sociedad celebra Junta General universal, en la cual uno de los dos administradores mancomunados presenta su dimisión, la cual es aceptada por dicha Junta. La renuncia, y su aceptación, se documentan en un certificado que expiden conjuntamente el administrador que permanece

y el administrador que había dimitido, estando las firmas legitimadas notarialmente. Dicho certificado se presenta en el Registro Mercantil con objeto de hacer constar la renuncia en dicho Registro (en base al artículo 147.1 R.R.M.).

La nota de calificación y la defensa de la misma

El Registrador deniega la inscripción de la renuncia del administrador ya que, al no ir acompañada de la convocatoria de una nueva Junta General, provoca que el órgano de administración de la sociedad quede inoperante. Por tanto lo que se exige no es que la Junta General se haya constituido de modo válido, ni menos aún que se haya cubierto la vacante; basta con que esté convocada. Además la nota señala un segundo defecto: la certificación no cumple el requisito de estar expedida por dos administradores mancomunados.

241

En defensa de la nota señala, entre otros extremos, que, en las presentes circunstancias, el cese de un administrador mancomunado impide el funcionamiento del órgano de administración, lo que incluso podría llevar a la disolución de la sociedad; además tal dimisión, a la vista de tales efectos, puede provocar daños patrimoniales tanto a la sociedad como a los acreedores. En cuanto a la certificación presentada no respeta lo exigido por el artículo el artículo 109.c Reglamento del Registro Mercantil (“La facultad de certificar corresponde...: c) A los administradores mancomunados, conjuntamente”).

La argumentación del recurrente:

a. La nota recurrida, recordemos, consta de dos defectos. Sin embargo la argumentación se centra exclusivamente en el primero de ellos: la necesidad de que, para inscribir

la renuncia, se convoque Junta General con el objeto de nombrar un nuevo administrador.

Entre los razonamientos alegados por el recurrente destacaremos los siguientes:

– Los preceptos del Código civil sobre el mandato señalan que la renuncia del mandatario es causa de extinción del mandato, sin mayores condicionamientos o requisitos (artículo 1.732.2). En cuanto al artículo 1.737 C.c. (la obligación del mandatario renunciante de continuar con su gestión hasta que el mandante tome las disposiciones necesarias para suplir su dimisión) se considera que su incumplimiento sólo ocasiona la responsabilidad del mandatario, “nunca un efecto erga omnes como es el mantener viva una inscripción en el Registro”.

– En cuanto a la L.S.A. se invoca su artículo 125 a “sensu contrario”: si el nombramiento surte sus efectos desde la aceptación, la renuncia debe producirlos desde que se formula. También se trae a colación, entre otros, el artículo 141 de dicha ley, en cuanto permite –en opinión del recurrente– las renunciaciones independientes de todos los miembros del Consejo de Administración.

b. Ya hemos dicho que el recurso, pese a que se dirige contra toda la nota, no argumenta en contra del segundo defecto de la misma (la falta de validez del certificado). Por tanto el recurso no trata todos los aspectos de la nota pero añade un nuevo tema al solicitar a la D.G.R.N. que precise la jurisdicción competente y el procedimiento adecuado para obtener la revisión jurisdiccional del acto resolutorio.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado

a. La Dirección General, en el segundo considerando, resume su doctrina acerca de la renuncia del administrador cuando ésta provoca que el órgano de administración quede inoperante:

El punto de partida es la facultad que tienen los administradores para desligarse unilateralmente de su cargo, aunque la sociedad se oponga a ello. Ahora bien, en cuanto tales administradores, están sujetos a un mínimo deber de diligencia que les obliga, en estos casos, a continuar al frente de la gestión social hasta que la entidad haya podido adoptar las medidas necesarias para solventar dicha situación.

Tal deber se entiende cumplido cuando los renunciantes convocan una Junta General para que ésta pueda proceder a nombrar los nuevos administradores. Por tanto el deber de diligencia incluye la necesidad de convocatoria, pero termina ahí, de modo que no le afectan las posteriores contingencias de la Junta como puedan ser, por ejemplo, la ausencia de acuerdo sobre un nuevo nombramiento, la falta de aceptación del nombrado o su incapacidad.

En el caso concreto objeto de recurso, continúa la Dirección General, al aceptarse la renuncia en el seno de la Junta General, ésta ya pudo en ese momento tomar las medidas oportunas. Por tanto el administrador renunciante ya ofreció a la Junta General la posibilidad de proceder a un nuevo nombramiento, y por ello la pasividad de ésta no debe impedir la inscripción de la renuncia.

b. En cuanto al segundo defecto, la Dirección General, dado que el recurso se dirige contra toda la nota, y así lo ha aceptado el Registrador, lo estudia y resuelve pese a que el recurrente no ha argumentado su oposición al mismo.

La resolución considera que este concreto certificado es admisible en base a lo siguiente: lo suscribe también el administrador dimisionario, lo que corrobora la realidad de la renuncia y permite cumplir con la exigencia del artículo 111 Reglamento del Registro Mercantil; la firma del administrador con cargo en vigor demuestra que la sociedad ha tomado conocimiento de la renuncia; por último —y éste me parece el argumento decisivo— la dificultad de certificar por falta de un segundo administrador la ha provocado la pro-

pia pasividad de la Junta General, al no proceder a nombrar un sucesor.

c. Finalmente la Dirección General no atiende la petición del recurrente en orden que le sean indicados los recursos que proceden, y el cauce procesal adecuado, contra el acto resolutorio del recurso gubernativo. Se limita a reconocer el derecho de los interesados a acudir a los Tribunales (artículo 66.2 R.R.M.), así como la posibilidad de pedir anotación preventiva de la demanda (artículos 66 L.H. y 101 de su Reglamento).

COMENTARIO

244 Como resulta de lo expuesto son tres los asuntos debatidos en la resolución que comentamos: la inscribibilidad de la renuncia de un administrador mancomunado presentada o aceptada en el seno de la Junta General; la validez del certificado expedido conjuntamente por el administrador que permanece y el administrador dimisionario; y, por último, determinar si es obligatorio que la resolución precise tanto los recursos que pueden interponerse contra la misma como el procedimiento adecuado para sustanciarlos.

I. La renuncia del administrador mancomunado en el seno de la Junta General

1. El debate sobre la inscribibilidad de la renuncia del administrador cuando ésta provoca la paralización del órgano gestor ha provocado varias resoluciones recientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Hagamos una breve referencia a las mismas:

a. Las *Resoluciones* 26 y 27 mayo 1992 plantean por primera vez la cuestión. En la primera de ellas, ante la

renuncia de los tres únicos miembros del Consejo de Administración, la Dirección General señala que “en el caso debatido (se) impone subordinar la inscripción de las renunciaciones cuestionadas hasta que haya sido *constituida* la Junta General –que los renunciados deben convocar para que en ella pueda proveerse al nombramiento de nuevos administradores, evitando así una paralización de la vida social...” (el subrayado es nuestro). La segunda resolución se ocupaba del mismo supuesto en relación a un administrador único.

Las *Resoluciones 8 y 9 junio 1993* reiteran la misma doctrina e insisten en la necesidad de que haya sido *constituida* la Junta General para poder inscribir la renuncia al cargo de administrador.

Desde un primer momento la corrección de las citadas resoluciones suscitó ciertas dudas:

– GARRIDO CERDÁ (comentando la Resolución 27 mayo 92 en *RJN*, número 4, págs. 283 y ss.) se muestra en desacuerdo con la doctrina de la Dirección General. El punto de partida de su razonamiento es que *el administrador deja de serlo desde el momento en que renuncia*, por lo que la solución dada por el Centro Directivo provoca una discordancia entre el Registro, donde sigue constando su condición de administrador, y la realidad jurídica, en la que ya que ha dejado de ser administrador.

Pero si la renuncia produce sus efectos por sí misma, ¿qué sentido tiene su aceptación por el Consejo de Administración ex artículo 141 L.S.A.? Pues bien, la manifestación de conformidad por parte del Consejo no es un requisito adicional de la renuncia, sino una declaración de conocimiento meramente formal; su eficacia, en estos casos, se circunscribe a exonerar de responsabilidad al renunciante.

Cuestión distinta es que el renunciante, aunque ya no sea administrador, deba cumplir ciertas obligaciones (notificar la renuncia, continuar las gestiones normales para evitar daños a la sociedad) como consecuencia de su deber de diligencia. Ahora bien, el incumplimiento de tales obligacio-

nes no afecta a la validez de la renuncia, sino que se limita a provocar la responsabilidad del administrador renunciante que no las atiende.

Por lo demás el autor ya señalaba el problema que se plantea acerca de la eficacia de la renuncia si la Junta convocada por el administrador renunciante no se constituye válidamente o no procede a verificar los nuevos nombramientos.

— Por su parte GIMÉNEZ DUART (también comentando esta resolución, ver *La Notaría*, número 7/92), en la misma línea, consideraba razonable que se exigiera al administrador renunciante, como consecuencia de su deber de diligencia, la convocatoria de la Junta General, pero no que logre la válida constitución de la misma y, mucho menos, que efectivamente se nombre al sucesor.

246 b. La Dirección General, quizás a la vista de estas críticas, rectifica parcialmente su postura inicial. Así en la *Resolución 24 marzo 1994* estima que para inscribir la renuncia del administrador no basta con el cumplimiento de lo exigido por el artículo 147 Reglamento del Registro Mercantil (la mera notificación de la dimisión) pero considera que el deber de diligencia que incumbe al administrador dimisionario se entiende cumplido cuando éste ha *convocado* Junta General en la que el nombramiento de nuevo administrador figura incluido en el orden del día. Por tanto, la facultad de dimitir ya no queda condicionada por la falta de válida constitución de la Junta o la ausencia de acuerdo sobre el nuevo nombramiento.

2. Esta última línea argumental viene ratificada por la Resolución que es objeto de nuestro comentario (recorremos el segundo Fundamento de Derecho).

A la vista del tratamiento que hace de la inscripción de la renuncia pienso que se suscita un doble tema de estudio: en primer lugar, determinar si es jurídicamente acertada la doctrina de la D.G.R.N. sobre la inscripción de la renuncia

del administrador dimisionario; y, en segundo lugar, surge una interrogante específica de la Resolución que comentamos como es precisar si la Junta puede nombrar administrador cuando tal posibilidad no se incluye en el orden del día.

a. La primera cuestión, como hemos dicho, consiste en determinar si es acertado configurar como requisito de inscribibilidad de la dimisión del administrador la existencia de una convocatoria de Junta General.

Considero que el fundamento de la opinión de GARRIDO CERDÁ, expuesto más arriba, es, en esencia, acertado: el administrador deja de serlo desde que renuncia, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra si incumple ciertas obligaciones derivadas de haber ostentado tal cargo. No hay fundamento para considerar que la inscripción de la renuncia en el Registro Mercantil tenga carácter constitutivo de la misma (otra cosa es que la inscripción sea obligatoria, ver artículo 94.4 R.R.M.). Sin embargo, y esto es lo importante, pienso que tal planteamiento no es necesariamente contradictorio con la doctrina de la Dirección General.

247

En efecto, aunque una persona ya no sea sustantivamente administrador de una sociedad, puede ser interesante que siga constando como tal en el Registro Mercantil. El administrador renunciante, si no cumple ciertas obligaciones adicionales que hemos señalado, será responsable de que todavía perdure la inscripción de su nombramiento, de modo que afrontará los posibles daños que ocasione tal apariencia. Todo ello sin perjuicio de que los terceros de buena fe que contraten con él, confiando en los asientos registrales, están protegidos en los términos del artículo 8.º del R.R.M. De este modo, impidiendo la inscripción de la renuncia, se incentiva al renunciante para tome las medidas que permitan a la sociedad estar en condiciones de nombrar un nuevo administrador y, de este modo, poder evitar la paralización de su órgano de administración.

La situación provocada por la doctrina de la Dirección General –un administrador que ya no lo es por haber dimi-

tido pero que sigue constando como tal administrador en el Registro— no es, en realidad, tan novedosa. Si reflexionamos sobre ello, comprobamos como la mera renuncia tampoco era inscribible por sí sola con anterioridad a esta doctrina. El Reglamento ya venía exigiendo, como requisito previo, la notificación fehaciente a la sociedad (artículo 147); esto, en mi opinión, no quería decir que el administrador renunciante que omitía tal notificación siguiera siendo administrador, sino simplemente que no podía obtener la inscripción de su dimisión. Ahora la Dirección General, en base a los principios legales sobre necesidad y permanencia del órgano de administración, da un paso más y exige, junto a la notificación reglamentaria, un segundo requisito: la convocatoria de Junta General.

Por otro lado los argumentos invocados por el recurrente no me parecen decisivos:

248

—La referencia a los preceptos del Código civil sobre el contrato de mandato hay que tomarlos con precaución, ya que la representación orgánica presenta diferencias importantes con la voluntaria. Además no negamos que el mandato, o incluso la condición de administrador, se extinguen por la renuncia, pero pueden no ser coincidentes los requisitos para que se produzca la extinción del cargo de administrador con los requisitos para que dicha extinción pueda acceder al Registro Mercantil.

—La invocación a “sensu contrario” del artículo 125 L.S.A. no es definitiva: no veo por qué la aceptación y renuncia del cargo han de tener, desde el punto de vista registral mercantil, un mismo tratamiento jurídico si los intereses en juego pueden ser más complejos en este último caso.

—En cuanto al artículo 141 L.S.A. curiosamente lo alegan como argumento tanto el recurrente como la Dirección General (lo cita en los vistos) pero para defender posturas contrarias; en realidad el precepto se limita a señalar que el Consejo de Administración puede aceptar dimisiones de sus miembros. En realidad, ello no prejuzga la necesidad de que

tal dimisión deba o no cumplir ulteriores requisitos para obtener su inscripción en el Registro Mercantil. Lo que ha quedado claro es que tal aceptación por el Consejo es una mera formalidad.

En resumen: cabe considerar que la reciente doctrina de la D.G.R.N. sobre los requisitos de inscripción de la renuncia del administrador es correcta.

b. Veamos ahora algunas particularidades del caso concreto que aborda la resolución comentada.

La renuncia del administrador mancomunado (o quizás sólo la aceptación de la misma –no está claro en los hechos–, lo que no varía el planteamiento) se produce en el seno de la Junta. La Dirección General estima que dicha Junta en ese momento, a la vista de tal dimisión, pudo tomar las medidas oportunas –esto es, nombrar un nuevo administrador–.

Sin embargo el Centro Directivo, para llegar a tal conclusión, debería antes abordar un problema previo: determinar si es posible nombrar un nuevo administrador cuando tal extremo no figura en el orden del día de la Junta General.

En orden a solucionar la cuestión planteada parece oportuno diferenciar tres supuestos:

b.1. Si la Junta tiene carácter universal, entiendo que los socios pueden añadir nuevos temas al orden del día, al menos si existe *consentimiento unánime de los mismos* en tal sentido. En el presente caso la Junta universal de “Silboni, Sociedad Limitada” acepta por unanimidad la dimisión del administrador mancomunado. Como tal dimisión –que deja inoperante el órgano de administración– implica la necesidad de nombrar sucesor, la aceptación unánime de la dimisión implica –tácitamente– la aceptación unánime de la necesidad de designar un nuevo administrador, de modo que los socios podrán deliberar y adoptar el acuerdo oportuno sobre tal nombramiento, aunque tal posibilidad no figurase en el orden del día. Como consecuencia de ello, la renun-

cia del administrador dimisionario ya es inscribible porque el nombramiento de su sucesor en dicha Junta fue posible.

b.2. Si la Junta tiene carácter universal pero algún socio se opone a aceptar la renuncia, considero que la solución debe ser la misma que en el supuesto anterior. El argumento radica en que no es precisa la aceptación de la dimisión por la Junta –como tampoco por el Consejo de Administración, ver lo dicho antes al referirnos al artículo 141 L.S.A.–. Además, dado el carácter universal de la Junta, todos los socios, con carácter previo a la votación del nuevo administrador, tienen conocimiento del problema y, al estar presentes, están en condiciones de elegir al administrador que estimen oportuno. Pese a que el nuevo nombramiento no consta en el orden del día, ningún socio puede considerarse perjudicado ya que todos, por el hecho de la asistencia, tienen la posibilidad de informarse, deliberar y decidir sobre el nombramiento de un sucesor.

250

b.3. La cuestión es más delicada si la Junta no tiene carácter universal.

El problema se plantea tanto si el administrador dimite en la Junta –supuesto de la resolución– como si lo hace en el intervalo existente entre una convocatoria ya hecha y la celebración de la misma.

En este supuesto los intereses en conflicto entran en juego: por un lado tenemos el derecho de los socios a conocer los asuntos que se van a debatir en una determinada Junta, así como –en el supuesto de Consejo– a ejercitar el derecho de representación proporcional y por otro lado se encuentra el interés social en recuperar de modo inmediato la operatividad de su órgano de administración.

EDUARDO POLO (*Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Dirigidos por URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, Tomo VI, Civitas, 1992, págs. 75 y 76), y al parecer en relación a las vacantes del Consejo de Administración, considera aplicable analógicamente el artículo 138 L.S.A., atribuyendo la facultad de cooptar, con sus limitaciones generales, a la Junta

General: el nombramiento de administrador ha de recaer en un accionista y el cargo tendría carácter provisional, esto es hasta que se reúna la primera Junta General.

De todas formas la aplicación analógica del artículo 138 L.S.A. no parece posible a los supuestos de administrador único o de pluralidad de administradores cuando éstos no configuran un Consejo. Además, aunque se prescinda o no sea aplicable la solución propugnada por POLO, pienso que sigue habiendo argumentos para mantener que, siempre que la sociedad ha quedado acéfala como consecuencia de la dimisión o dimisiones, la Junta General está facultada para nombrar administrador aunque no figure la posibilidad de tal nombramiento en el orden del día. Cabe argumentar de la siguiente manera:

— Parece preferente el derecho que tiene la sociedad a tener un órgano de administración operativo, sobre el interés de los socios no asistentes a la Junta a que en ésta no se aborden temas no incluidos en el orden del día. Tal conclusión se refuerza si consideramos la provisionalidad del cargo del administrador nombrado, ya que puede ser revocado en cualquier Junta posterior.

— Desde un punto de vista dogmático cabe entender que la destitución y nombramiento de administradores, en este caso, no son dos actos independientes sino que configuran un mismo acto complejo, con el objeto de no paralizar la vida social (FERNÁNDEZ CABAILEIRO, *Comentarios en la RCDI a las Resoluciones D.G.R.N.*, Centro de Estudios Hipotecarios, 1987, pág. 1.344). Por ello, la indiscutida libertad de cese de un administrador aun cuando tal asunto no figure en el orden del día de la Junta, debe conllevar la libertad para nombrar un sucesor.

— En el mismo sentido se manifiesta la Dirección General en la *Re. 13 marzo 74*. El orden del día hablaba de “aprobación o censura de la gestión social”. En base a ello la Junta cesó a los cuatro miembros del Consejo de Administración y se nombró un nuevo Consejo de cinco miem-

bros (estatutariamente se permitían hasta seis consejeros). La Dirección señala que “esta facultad de destitución ... lleva aparejada ... la de reestablecer, sin aplazamientos no obligados, la normalidad social, con la integración del órgano de administración dentro del marco estatutario, en este caso con la designación de nuevo Consejo compuesto de número no superior a seis miembros, ...”. En apoyo de esta doctrina cita las resoluciones 26 febrero 53 y 24 junio 68, así como la Sentencia del TS 30 abril 71.

La posibilidad de nombrar en estos casos un nuevo administrador, aunque tal posibilidad no conste en el orden del día, refuerza la corrección del planteamiento que hace la D.G.R.N. en el supuesto que estudiamos.

3. *La nueva Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.*

252

Hasta aquí el Derecho vigente en el momento de producirse los hechos analizados. Sin embargo, al tiempo de escribir estas líneas la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada está publicada y próxima a entrar en vigor. En ella se contiene un precepto relevante en el análisis de nuestro supuesto.

Nos referimos al artículo 45.4: “En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores que actúen individualmente, de alguno de los administradores que actúen conjuntamente, o de la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la convocatoria de Junta General para el nombramiento de los administradores. *A demás, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la Junta General con ese único objeto*”.

En su primera parte hace referencia al derecho de cualquier socio a solicitar, en estos casos, una convocatoria de

la Junta por vía judicial. Pero es el segundo inciso el que nos interesa. Se refiere al supuesto de órgano de administración incompleto, permitiendo al administrador que permanece en el cargo, convocar Junta con el objeto exclusivo de recomponer el órgano de administración. Esta nueva posibilidad legal motiva que, al estudiar los requisitos de la renuncia del administrador, distingamos dos grupos de casos:

– Cuando se produzca la dimisión del administrador único o de todos los integrantes del órgano de administración que estén en el ejercicio del cargo, sin que existan suplentes, serán de aplicación las ideas que hemos venido estudiando.

– Si por el contrario quien dimite es uno de los varios administradores (solidarios, mancomunados o integrantes del Consejo) la situación es distinta, ya que el administrador remanente puede, por sí solo, convocar la Junta General que, a través de nuevos nombramientos, permitirá volver a activar el órgano de administración. Por ello sería innecesario que, para poder inscribir su dimisión en el Registro Mercantil, el administrador renunciante deba haber convocado previamente nueva Junta.

En tal sentido CABANAS TREJO (“Comentario de urgencia del Borrador del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, Parte II, *La Notaría*, N.º 10, 1993, pág. 70) ya señalaba, con toda razón, que de convertirse dicho texto en ley –como así ha sido– no sería aplicable la doctrina contenida en las RR. 26 y 27 mayo 92.

Por supuesto este artículo 45.4 hubiera sido plenamente procedente en el supuesto solventado por la resolución que estudiamos. La inscripción de la dimisión de uno de los dos administradores mancomunados –tenga o no lugar ésta en el seno de una Junta General– no precisaría que se acreditare la convocatoria de nueva Junta, ya que el otro administrador mancomunado está facultado por sí solo para convocarla, si bien a los solos efectos de propiciar el nuevo nombramiento.

Hagamos una última reflexión. El nuevo artículo 45.4 segundo inciso, que sólo merece elogios, no tiene equivalente en la Ley de Sociedades Anónimas. Hasta ahora estamos acostumbrados a aplicar preceptos de la sociedad anónima para completar el régimen jurídico de la sociedad limitada. En este caso lo acertado y oportuno del precepto bien merece que intentemos el proceso inverso: aplicarlo, siquiera analógicamente (la problemática de la dimisión del administrador es la misma en ambos tipos sociales), a la sociedad anónima.

II. La validez del certificado

254 Ya hemos visto que la nota de calificación señalaba un segundo defecto al certificado objeto de calificación: no estar expedido por los dos administradores mancomunados. Recordemos que fue librado por el administrador que continuaba en el ejercicio de sus funciones conjuntamente con el que voluntariamente había dimitido de su condición de administrador, esto es, con quien ya había cesado de serlo.

La respuesta de la Dirección General favorable a la validez de este concreto certificado es, en mi opinión, intachable. Es evidente que la presentación de la renuncia en la Junta es acto previo a la certificación de los acuerdos tomados en la misma. Por tanto el dimisionario, al tiempo de certificar, ya no tiene la condición de administrador y por ello tampoco las facultades certificantes propias del cargo (art. 109.2 R.R.M.). Ahora bien, nos dice la resolución, en este caso concreto existen circunstancias especiales. Vamos a seleccionar dos de ellas: la firma del certificado por el dimisionario corrobora la renuncia y cumple con la exigencia del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil; además, es cierto que el administrador ya dimitido no tiene facultades certificantes, con lo que el órgano de administración —que precisa la actuación de dos administradores con cargo

en vigor— no puede certificar, pero tal situación es consecuencia de la actitud pasiva de la Junta, por lo que no se ha de impedir la inscripción de un certificado que, precisamente, pretende posibilitar la inscripción de tal renuncia. Podemos concluir que de nada serviría admitir la inscripción de la renuncia en abstracto, si luego se rechaza el vehículo a través del cual la renuncia accede al Registro Mercantil.

Pienso que las ideas apuntadas nos llevan a plantearnos un problema interesante. Hemos visto en un caso concreto que, pese a lo dicho por el art. 109.2 R.R.M. sobre la necesidad de vigencia del cargo del certificador, se admite la facultad certificante de un administrador dimitido. Cabe plantear si tal facultad permanecerá —siempre con carácter provisional— en otros supuestos distintos.

La perduración de ciertas facultades en quien deja de ser administrador ya se había planteado para el supuesto en que el órgano de administración no estuviera operativo por caducidad del plazo de nombramiento. En estos casos, un sector doctrinal había propuesto entender que el administrador, pese a la caducidad, seguía estando facultado para convocar una Junta General que procediera al nuevo nombramiento y desbloqueara dicha situación. Hoy el propio Derecho Positivo va más allá de modo que el artículo 145 R.R.M. pospone la caducidad del cargo en los términos contemplados en el mismo. La finalidad de tal norma es evitar una discontinuidad en la titularidad de la administración social que provocara la paralización de dicho órgano, y con ello, la de la sociedad.

Retomando esta idea cabría entender que, cualquiera que fuese la causa de extinción del nombramiento, y siempre que ello provocara que la sociedad quedara con el órgano de administración vacante, los administradores con cargo decaído mantendrían sus facultades —incluyendo las certificantes— con carácter provisional (quizás hasta los nuevos nombramientos). Por supuesto tales facultades estarían limitadas

a actos que forman parte del ámbito interno o de gestión de la sociedad.

De este modo, el administrador dimisionario de nuestro ejemplo podría certificar en relación a acuerdos relativos a la gestión interna de la sociedad tales como nombramiento y cese de cargos, aprobación o rechazo de las cuentas anuales, designación de auditores. También respecto al acuerdo del Consejo de Administración sobre convocatoria de Junta General. Otros ejemplos serían más dudosos, pero creo que cabría incluir la certificación del acuerdo de la Junta General acordando la disolución social (ya que la disolución, a diferencia de la liquidación, tiene un carácter predominantemente interno).

Quede ello apuntado como mera posibilidad teórica. Su admisibilidad quizás habría que analizarla caso por caso. De todas formas lo cierto es que la Dirección General admite para el supuesto concreto y singular que estudiamos, la facultad certificante del administrador dimitido.

256

III. La revisión judicial de la resolución de la D.G.R.N.

El recurrente señala en su escrito las “dificultades prácticas” que existen para conocer la jurisdicción competente y el procedimiento adecuado para obtener la revisión jurisdiccional de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por ello solicita se exprese en la notificación de la misma el recurso o vía oportunos, invocando el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 Const.

No obstante, de la lectura del último fundamento, surge la duda de si el órgano directivo está respondiendo a aquello por lo que se le pregunta. El recurrente indaga acerca de como hacer efectiva la revisión judicial de la resolución; por su parte la Dirección General le responde recordando el derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de

Justicia para litigar entre las partes acerca de la validez de los títulos calificados. Pues bien, al menos formalmente, una cosa es el debate sobre la validez del título (en que se ventilan asuntos de carácter sustantivo), y otra distinta el recurso judicial contra la propia resolución (donde además se introducen aspectos de carácter administrativo). Por esta segunda posibilidad de impugnación pregunta, sin obtener respuesta directa, el recurrente.

COELLO DE PORTUGAL ("La impugnación jurisdiccional de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *RJN*, número 4, 1992, págs. 155 y ss.) considera que la posibilidad de revisión judicial de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sería más bien contraproducente, ya que no añadiría auténticas garantías. Pero este autor también señala que dichas resoluciones son actos administrativos y, por ello, sujetos a revisión jurisdiccional, en virtud de la exigencia de tutela judicial efectiva del artículo 24 Const. y del principio de control judicial de la legalidad administrativa (artículo 106 Const.). Con un agravante: las dudas que se suscitan sobre el orden jurisdiccional competente y el procedimiento aplicable.

257

Si, efectivamente, calificamos las resoluciones de la D.G.R.N. como actos administrativos parece ser que procedería la aplicación del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor: "Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, ...2. Toda notificación ... deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse, y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente."

Por mi parte, siguiendo la opinión del autor citado, entiendo que la revisión judicial de las resoluciones de la D.G.R.N. carece de utilidad, ya que ninguna garantía real añade a los derechos de los ciudadanos (las cuestiones verdaderamente administrativas que cabría plantear –así la competencia del órgano o las formalidades del procedimiento– me parecen poco relevantes en el procedimiento de resolución del recurso gubernativo contra la calificación registral). Por ello debería ser suficiente la posibilidad que tienen los interesados de acudir a los Tribunales para litigar entre sí acerca de la validez de los títulos calificados (artículo 66.2 R.R.M.). De todas formas no voy a ir más allá del mero planteamiento del problema. La solución del mismo debe corresponder a los especialistas en Derecho Administrativo y Procesal.

A) Informes y comunicaciones

LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL ESPECIAL CONSIDERACION DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION EXTRAJUDICIAL ANTE NOTARIO *

261

SALVADOR TORRES ESCÁMEZ

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL. **III.** APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS. **IV.** INCIDENCIA, EN LA VIDA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, DE LA LEGISLACIÓN SOBRE ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL. **V.** LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS TRANSFRONTERIZOS ANTE EL CONTROL DE CAMBIOS. **VI.** UN INTENTO DE UNIFICACIÓN: LA EUROHIPOTECA. **VII.** ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NOTARIAL DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL. **VIII.** CONCLUSIONES.

* Comunicación al *Internationale Rechtsbörse XXI* Congreso Internacional de la U.I.N.L. Berlín, 28.05-03.06. 1995.

I. Introducción

Según un reciente estudio realizado sobre la materia, el importe de los préstamos y créditos con destino a la vivienda durante 1990 en el ámbito de la CEE –en su mayor parte hipotecarios– fue de un billón de ecus (1).

Esta cifra da una idea de la importancia no sólo económica, sino social e incluso política que tiene en nuestros días el préstamo hipotecario. Afectan a éste, por otra parte, el fenómeno de la creciente internacionalización de los movimientos de capitales y del tráfico inmobiliario, todo lo cual hace de palpitante actualidad la cuestión del préstamo hipotecario transfronterizo.

La hipoteca ha estado tradicionalmente marcada –como es lógico, dada su naturaleza inmobiliaria– por un fuerte criterio de territorialidad, que se compagina mal con el apuntado fenómeno de la internacionalización, por lo que los esfuerzos unificadores tropiezan con una gran resistencia de los Derechos internos. Pese a ello, las ventajas que pueden derivarse para los ciudadanos de una oferta más amplia que la proporcionada por el propio mercado financiero nacional, animan a cualquier estudio que intente profundizar en la materia.

Por otro lado, la magnitud de las cifras y de los intereses en juego en este ámbito, provoca la presencia en él de las grandes compañías y grupos financieros, que dejan al consumidor en una situación de debilidad que es preciso proteger. Esta preocupación viene dándose en la institución notarial desde hace tiempo (1bis), pero no se ha plasmado

(1) Fuente: Informe de la ANIL (*Association nationale française pour l'information sur le logement*) de 1 de junio de 1993 sobre “L'expression du taux effectif global en matière de crédit hypothécaire”.

(1bis) El Tema científico II del Congreso de Berlín, en cuya *International Rechtsbörse* se presentó esta comunicación, ha sido precisamente *La seguridad jurídica contractual, medio de protección del consumidor*. La ponencia española fue presentada por Alfonso Rentería Arocena e Ignacio Pagola Villar. Editada por el Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, 391 págs.

por el momento en la legislación comunitaria, que, aunque ha contemplado ya los créditos al consumo (2), no lo ha hecho todavía con los hipotecarios (3).

II. El préstamo hipotecario y los principios del Derecho Internacional Privado español

Se caracteriza el préstamo hipotecario por la concurrencia en su regulación de normas jurídicas de diferente naturaleza: civil, registral, procesal, concursal. Resulta de fácil comprensión que, cuando dichos aspectos se ponen en conexión con diferentes legislaciones nacionales, el panorama que se presenta es de una gran dificultad.

Ha sido una cuestión clásica en Derecho Internacional Privado (en lo sucesivo D.I.Pr.) la posibilidad de la separación en el préstamo hipotecario entre un estatuto obligacional (aplicable al contrato de préstamo) y otro real (referente al derecho de hipoteca), cuestión que, sin mayores profundizaciones, que no son de este momento, se ha resuelto en sentido positivo.

La regulación de la relación obligacional está dominada por el principio de la autonomía de la voluntad en cuanto a la legislación aplicable (art. 10,5 C.c. español y Convenio de Roma). Sin embargo, el derecho real de hipoteca aparece regido por el carácter territorial de su normativa: *lex rei sitae* (art. 10,1 C.c. español).

La justificación del principio de la *lex rei sitae* se basa en el interés que todo Estado tiene en la ordenación del

(2) Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986.

(3) Los puntos más acuciantes de defensa del consumidor respecto a los préstamos hipotecarios, puestos de manifiesto en la Asamblea de la Federación Hipotecaria Europea celebrada en Bruselas en junio de 1990 fueron, además de la genérica necesidad de vigilancia de las Entidades que operan en este campo, la defensa del derecho del consumidor al reembolso anticipado del préstamo sin gastos ni comisiones y su protección ante las cláusulas de variabilidad de interés (Fuente: Informe interno de A. Pérez Sanz, Notario de Madrid, asistente a dicha reunión).

régimen de propiedad y de los derechos que la afectan, por razones de carácter político, económico y social. Pero también desde una perspectiva pura del D.I.Pr. la regla *lex rei sitae* interesa en sí misma al tráfico jurídico, ya que proporciona una solución fácil, segura y previsible al problema de determinar el Derecho aplicable (4).

El alcance del estatuto real en esta materia comprende la determinación de las cosas que pueden ser objeto de hipoteca, los requisitos para la constitución de este derecho, su contenido, así como su extinción. Afecta, igualmente, al importante aspecto formal de su publicidad.

Han resultado infructuosos los intentos, por mínimos que hayan sido, de forzar el estatuto territorial intentando introducir en el ámbito del Registro de la Propiedad español cualquier institución ajena a nuestro sistema jurídico. Así, la Res. de la D.G.R.N. de 12 de mayo de 1992 no permitió el acceso al Registro de una "hipoteca judicial provisoria" propia del Derecho francés (5) (6).

Nos encontramos, pues, con que en un contrato de préstamo hipotecario confluirán las siguientes legislaciones: la na-

(4) VIRGOS SORIANO, M.: *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial (Varios Autores), 5.ª ed. revisada. Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993, págs. 340-343.

(5) Se pretendía inscribir la mencionada hipoteca en el Registro de la Propiedad de Almuñécar (Granada), donde el deudor era propietario de una finca, en virtud de orden del Tribunal de Comercio de Labalen (Francia) y previa intervención del órgano judicial español competente.

La doctrina de la Dirección General señala cómo las medidas de garantía sobre bienes inmuebles situados en España, con especiales efectos jurídico-reales y registrales y, en su día, una especial efectividad ejecutiva, deben atenerse a las exigencias del Ordenamiento español, conforme a los arts. 8.º-II, 10-1 y 10-10 C.c.

(6) Una, a mi juicio, interesante cuestión puede plantearse teóricamente en este punto. La tomo de MIAJA DE LA MUELA (*Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Tomo II, 10.ª ed. revisada, Ed. Atlas, Madrid, 1987, pág. 320) aunque allí aparece formulada en términos diferentes. Se trata de lo siguiente.

El criterio de *numerus apertus* de derechos reales que, al parecer de un buen sector doctrinal (aunque el tema es muy controvertido), establece el art. 2 L.H., permitiría la inscripción en el Registro de la Propiedad de una hipoteca del Derecho extranjero, pese a ser diferente de las modalidades reconocidas en nuestro Ordenamiento, siempre que reuniese las características de un derecho real.

cional de los contratantes, en cuanto a su capacidad (art. 9,1 C.c.); la del contrato, en lo que se refiere a los aspectos obligacionales de éste (art. 10,5 C.c.); la española en todo lo referente al derecho real de hipoteca (art. 10,1 C.c.); y la del lugar del otorgamiento –con alguna alternativa– para regular la forma documental de su constitución (art. 11,1 y 2 C.c.).

Tratándose este trabajo de una comunicación a un Congreso Notarial, se comprenderá que me detenga especialmente en este último apartado, concretamente, en el préstamo hipotecario otorgado en documento autorizado en el extranjero.

Además de por las normas en materia de forma de nuestro D.I.Pr. contenidas en el C.c., antes citadas, el supuesto es contemplado por el art. 36 R.H. Dispone este precepto que “los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”.

265

Por su parte, el art. 11,2 C.c. determina que “Si la ley reguladora de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero”. Y la legislación hipotecaria exige que el título inscribible se consigne en escritura pública, por lo que, aunque la hipoteca se constituya en el extranjero, debe cumplir dicho carácter de forma pública. Se suscita entonces la cuestión de establecer qué notas o requisitos debe reunir el acto de constitución para que pueda entenderse satisfecha dicha formalidad.

Como dice ALVAREZ PÉREZ (7), la materia está presidida por el principio *auctor regit actum*, en virtud del cual cada

(7) ALVAREZ PÉREZ, M.: “Aspectos formales de la documentación de las inversiones extranjeras en relación con los préstamos hipotecarios”, dentro de la obra colectiva *La libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario*, Edit. por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, págs. 592-594.

Estado debe determinar la competencia para documentar públicamente, las formalidades externas de estos documentos y los criterios para que quede garantizada la autenticidad de la declaración de voluntad.

Este último es probablemente el aspecto más importante. Y, en este sentido, resulta necesario determinar los requisitos mínimos exigidos por lo que podríamos llamar nuestro “orden público documental” para acreditar la autenticidad de la voluntad negocial. A juicio, que comparto, del citado autor, dichos requisitos estarían constituidos por la comparecencia de los otorgantes ante la persona autorizante competente, su identificación y la declaración que hagan o la asunción como propia de la declaración previamente grafiada (8).

266

Admitida, por consiguiente, la posibilidad de préstamos hipotecarios constituidos en el extranjero sobre finca en España, es necesario examinar qué influencia puede tener sobre tal situación la legislación sobre inversiones extranjeras, zonas de acceso restringido a la propiedad para extranjeros y control de cambios.

III. Aplicación de la normativa española sobre inversiones extranjeras

Está constituida dicha normativa por el R.D. 671/1992, de 2 de julio sobre inversiones extranjeras en España, complementado por un buen número de disposiciones posteriores.

El art. 17,1 del mencionado R.D. establece que “las inversiones extranjeras ... se formalizarán en documento autorizado por fedatario público español”. Se hace preciso, por tanto, determinar en qué medida los préstamos hipotecarios constituyen una inversión extranjera, pues, caso de serlo, es-

(8) ALVAREZ PÉREZ, *ibidem*, pág. 611.

taría permitido dudar de la validez del formalizado en el extranjero (9).

Por su propia naturaleza, parece lógico excluir del concepto de inversión extranjera el crédito concedido por un no residente a otro no residente, garantizado con hipoteca sobre una finca situada en España (10).

El verdadero problema se centra en el préstamo hipotecario concedido por un no residente a un residente. En este punto, el R.D. que estamos contemplando sólo considera inversión extranjera (modalidad "inversión directa") los "préstamos cuya vida media ponderada sea superior a cinco años, con el fin de establecer o mantener vínculos económicos duraderos" (art. 6,3) (11). Denominaremos "préstamos-inversión" a esta modalidad.

Se encuentra bastante generalizada la opinión de que los préstamos garantizados con hipoteca no están comprendidos en la categoría de préstamos-inversión. Así, LUCAS FERNÁNDEZ (12) señala: "quedan excluidos de la categoría de préstamos inversiones y se consideran, en consecuencia, préstamos financieros aquéllos que estén garantizados con hipoteca". Por su parte, la Circular de la D.G.R.N. de 27 de abril de 1993, recogiendo el criterio de la D.G.T.E., determina que "las características de los préstamos calificados como inversión directa que se deducen del art. 6,3 del R.D. 671/1992, hacen incompatible la garantía hipoteca-

(9) Permítaseme no entrar en la vieja cuestión del alcance, respecto de los efectos negociales, del incumplimiento de las normas sobre inversiones extranjeras: nulidad, sanción administrativa o ambas. Quede simplemente apuntado.

(10) PERAL RIBELLES, F.. "Inversiones extranjeras en inmuebles", *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, Octubre, 1992, pág. 2827.

(11) Un riguroso estudio de estos préstamos-inversión puede verse en LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *Temas sobre inversiones extranjeras y control de cambios*, Edersa, Madrid, 1994, págs. 863 y ss. Llama el autor la atención sobre la errónea identificación que a veces se suele producir entre los préstamos-inversión y los préstamos participativos; éstos no son sino una especie de aquéllos. Por tanto, los préstamos participativos son siempre préstamos-inversión, pero no al contrario.

(12) LUCAS FERNÁNDEZ, *ibidem*, pág. 866.

ria con esa calificación, de modo que, en caso de existir hipoteca, deben considerarse préstamos financieros”.

A mi juicio, resulta dudosa la rotundidad de tales opiniones. Bien es cierto que el préstamo-inversión normalmente no es hipotecario y que en la inmensa mayoría de los casos, los préstamos hipotecarios (por ejemplo, los concedidos para la adquisición de bienes) son préstamos financieros, los cuales no se consideran inversión extranjera. Pero el carácter accesorio que la hipoteca tiene en nuestro Ordenamiento permite que se garantice de esta forma cualquier modalidad de préstamo y, por tanto, los que constituyen una inversión directa. En mi opinión, nada obsta para que el prestamista inversor, por muy perdurable que quiera establecer sus vínculos con la sociedad prestataria, desee en un momento determinado asegurar la obligación con hipoteca, en cuyo caso el préstamo hipotecario sería una inversión extranjera directa y debería formalizarse ante fedatario público español.

268

Otra cuestión a considerar, en distinto orden de cosas, es si la hipoteca debe entenderse entre los “demás derechos reales” que, caso de ser adquiridos por no residentes, constituirían la inversión extranjera en inmuebles contemplada en el art. 12,1 del repetidamente citado R.D. 671/1992. En este sentido, la Circular de la D.G.R.N. mencionada hace un momento señala que, teniendo en cuenta que el R.D. reseñado viene a ser la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio, habrá que remitirse al Anexo I de ésta, a tenor del cual sólo se consideran inversiones en inmuebles la adquisición de la propiedad de los mismos y de los derechos reales de usufructo, servidumbres rústicas y superficie. La adquisición de un derecho de hipoteca no constituye, por tanto, inversión extranjera en inmuebles.

Por último, antes de abandonar el campo de las inversiones extranjeras en relación con la hipoteca, es necesario mencionar que, caso de ejecución, si de la misma resultase

adjudicado el inmueble al acreedor no residente, estaríamos ante un supuesto de inversión extranjera en inmuebles, a cuyos efectos el importe del préstamo no reembolsado constituirá la aportación del capital exterior, la adquisición deberá ser declarada ante el Registro de Inversiones Extranjeras y, en su momento, la desinversión producida por la enajenación del inmueble sería transferible al exterior (13).

IV. Incidencia, en la vida de los préstamos hipotecarios, de la legislación sobre zonas de interés para la defensa nacional

Está regulada esta materia fundamentalmente por la Ley 8/1975, de 12 de marzo (sometida a diversas modificaciones posteriores) y su Reglamento contenido en el R.D. 689/1978, de 10 de febrero, cuyo objeto —en términos muy generales— es establecer un control en relación a los ciudadanos extranjeros no comunitarios (14), que pudieran llegar a ostentar determinados derechos sobre fincas situadas en determinadas zonas del territorio que, por razones de tipo militar y estratégico, son de interés para la defensa nacional.

En el reducido ámbito que aquí nos interesa, el art. 18, b) de la Ley mencionada sujeta al requisito de la auto-

(13) DÍAZ FRAILE, J. M. y MUÑOZ VILLALÓN, J. V.: "Estudio de las Directivas Comunitarias sobre la libre circulación de capitales y su influencia en la figura del préstamo financiero, en general, y del préstamo hipotecario en particular", dentro de la obra colectiva citada en nota 7, págs. 310-314. No comparto la opinión de estos autores acerca de que el auto judicial de adjudicación, suficiente para practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre del adjudicatario, equivalga a documento autorizado por fedatario público español exigido por la legislación de inversiones extranjeras. Dicha opinión, de gran flexibilidad, se opone al tenor literal de la ley, cuyo sentido fuerza, a mi juicio, de forma excesiva.

(14) La exclusión de estos requisitos para los ciudadanos de la CEE se debe a la nueva redacción dada a la Disposición Adicional de la Ley 8/1975 por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre. Antes ya había acogido este criterio la Circular de la Dirección General de Política de Defensa de 18 septiembre 1986.

rización militar la constitución, transmisión y modificación de *hipotecas*, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas situadas en dichas zonas a favor de personas extranjeras (salvo nacionales de los países miembros de la CEE).

Sorprende, al examinar este precepto, que esté sometida a la autorización señalada la constitución de un derecho como el de hipoteca que, por su propia naturaleza, no atribuye al titular facultad posesoria alguna y que, por tal razón, hace indiferente que pertenezca a una persona nacional o extranjera.

No debe tener otra justificación, a mi juicio, que una anticipada previsión de que, en caso de ejecución, llegue a ser adjudicada la finca al acreedor, razón por la que me parece que, producido este supuesto, no se necesitará una nueva autorización.

270

V. Los préstamos hipotecarios transfronterizos ante el control de cambios

La legislación sobre control de cambios contempla los movimientos internacionales de capitales y, por tanto, los préstamos y créditos, independientemente de las garantías que los aseguren, de modo que la hipoteca añade poco en este punto, salvo en su utilidad para encuadrar a este tipo de préstamos dentro de la nomenclatura comunitaria en el aparatado de "préstamos financieros".

Se ha plasmado en la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio de 1988, el perseguido principio de la libre circulación de capitales en el ámbito de toda la Comunidad Europea.

No se puede, sin embargo, otorgar un carácter absoluto al señalado criterio, ya que en la misma se recogen algunas excepciones (15):

(15) DÍAZ FRAILE y MURO VILLALÓN, *ibidem*, págs. 127-135.

a) Cláusulas de salvaguarda que pueden adoptar los Estados miembros ante situaciones de carácter coyuntural que pueden perjudicar la política monetaria nacional (pensemos, por ejemplo, en el temor a transferencias masivas de fondos con fines especulativos).

b) Régimen transitorio para determinados países.

y c) Facultades de control por parte de cada Estado miembro, las cuales no suponen propiamente una excepción, sino que sólo intentan facilitar información sobre los movimientos transfronterizos de capital. Además de alimentar la estadística necesaria para una política financiera, esta información permite que puedan ser adoptadas medidas contra el blanqueo de capitales provenientes de la delincuencia y contra el fraude fiscal.

Siguiendo estas orientaciones, la legislación española en relación con la materia se recoge básicamente en el R.D. 1816/1991, de 20 de diciembre sobre transacciones económicas con el exterior, complementado por un buen número de disposiciones posteriores, que hace extensivo el principio liberalizador de la circulación de capitales no sólo a los residentes comunitarios, sino a los que lo son de cualquier otro país.

Del conjunto normativo resultan como medidas de control aplicables a los préstamos y créditos financieros, entre los cuales se encuentran los hipotecarios, las siguientes: declaración al Banco de España, obtención de un Número de Operación Financiera (NOF), comunicación de los pagos y cobros exteriores y su realización por vía bancaria.

En el ámbito de las relaciones de D.I.Pr. y, más concretamente, en el objeto de nuestro estudio, que son los préstamos hipotecarios, el cumplimiento de los requisitos señalados debe considerarse ineludible por constituir parte de nuestro "orden público económico" (16).

(16) DÍAZ FRAILE y MURO VILLALÓN, *ibidem*, págs. 157 y 158, con cita de ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE.

Caso de otorgarse el préstamo hipotecario en el extranjero, una dificultad práctica podría venir constituida por la obtención del NOF, que, como requisito previo a cualquier abono o adeudo de la disposición del préstamo, será necesario obtener con anterioridad al otorgamiento de la escritura, por lo que será precisa la previa declaración al Banco de España (17).

VI. Un intento de unificación: la eurohipoteca (18)

Las dificultades de solucionar la eficacia de los préstamos hipotecarios transfronterizos en base a los criterios clásicos del D.I.Pr., fundamentados en las normas de colisión para determinar la ley aplicable al supuesto, han hecho que los esfuerzos se dirijan a la concreción de un modelo de hipoteca unitario para todos los países de la CEE.

272 Determinados intentos, unos de carácter más o menos oficial, otros privados (19) culminaron en un Proyecto de Directiva de crédito hipotecario en 1984. Quedó aparcado a la espera de observar la evolución de la institución una vez promulgada la Segunda Directiva Bancaria (89/646/CEE, de 15 de diciembre de 1989).

Como es bien conocido, esta Directiva sustituye el principio de armonización por el de “mutuo reconocimiento”, entre otros aspectos, de las “técnicas financieras” de las entidades crediticias de cada Estado miembro para ser utilizadas en otros Estados (20).

(17) Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, *loc. cit.*, vol. I, págs. 614 y ss. Juega el autor con la distinción entre los diferentes supuestos de préstamo y crédito en la medida que suponen entrega o disponibilidad del dinero.

(18) Un minucioso estudio de la figura, con un análisis de los diferentes sistemas hipotecarios europeos, en STOCKER, Otmar M.: “La Eurohipoteca”, *RCDI*, 1994, págs. 91 y ss. Este artículo es traducción de parte de su libro, editado en Berlín en 1992 por Duncker & Humblot.

(19) Informe Segré de 1966, informe del Instituto Max Plank de 1971, estudios de la Asociación Bancaria de la CEE y de la Federación Hipotecaria Europea.

(20) Los principios de esta Directiva han sido recogidos por España en la Ley 3/1994, de 4 de abril.

Sin embargo, la repercusión buscada en el préstamo hipotecario no ha sido demasiado feliz. La oposición a admitir hipotecas no adecuadas al Derecho interno de cada país se basa en una doble argumentación: de un lado, la distinción entre técnicas financieras y técnicas jurídicas, que permite no extender a éstas últimas el mutuo reconocimiento; de otro lado, la excepción que recoge la propia Directiva, en el sentido de hacer posible la limitación a la actividad de la entidad crediticia que opera de acuerdo con la legislación de su país, cuando se opone a "disposiciones de interés general" del Estado de acogida. Entre éstas se encontrarían las reglas del estatuto real de los bienes inmuebles (21), con el alcance que puse de manifiesto anteriormente.

Cerrado este camino, los ojos se han vuelto de nuevo hacia la eurohipoteca como fórmula unitaria, recuperándose los trabajos en ese sentido, que contaban con el aval de instituciones de gran solvencia en este campo, como la UINL y las Federaciones Hipotecaria y Bancaria Europeas.

Por otra parte, esta solución facilitaría el desarrollo de un Mercado Hipotecario Europeo, que se considera de gran interés por los expertos (22) como medio idóneo para conseguir una vieja aspiración: la movilización del crédito hipotecario mediante la emisión de títulos con dicha garantía.

Recobra de este modo actualidad el informe de la UINL sobre la materia, elaborado en 1987 y que ha servido de base a trabajos posteriores. Se basaba, como es bien sabido, en proponer una eurohipoteca igual para todos los Estados miembros, tomando como modelo de la misma la cédula

(21) En este sentido, CASERO MEJÍAS, M. y DE GRADO SANZ, C.: "Estudio de las Directivas relativas a la libertad de establecimiento y prestación de servicios bancarios. Especial referencia al Proyecto de Directiva sobre el crédito hipotecario", dentro de la obra colectiva citada en la nota 7 anterior, pág. 694.

(22) Véase MULLENDER, L.: "El mercado hipotecario europeo: participantes, técnicas financieras y titulización", *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, n.º 16, págs. 91 y ss.

hipotecaria suiza (SCHULDBRIEF). Curiosamente, un país que no pertenece a la CEE.

Se trata de una forma de "hipoteca independiente", con bastante semejanza a la deuda territorial alemana (GRUNDSCHULD) (23), sobre la que se estima presenta algunas ventajas.

Las cualidades que avalan el modelo suizo son su mayor flexibilidad y negociabilidad respecto a las hipotecas accesorias, predominantes en los países influenciados por el Código napoleónico. Estas cualidades son ponderadas por las Asociaciones Bancaria e Hipotecaria por sus ventajas económicas (reducción de costes, ya que permite ajustar el contrato subyacente y transmitirlo sin necesidad de Notario y Registro) y prácticas (pignorabilidad, posibilidad de seguir siendo utilizada como garantía para una nueva operación, ya que, al no extinguirse con la anterior, puede el título seguir circulando).

274

Me permito destacar cómo la experiencia española de la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, ha demostrado que la hipoteca accesorio de nuestro sistema no ha sido obstáculo para que pueda ser renegociado por los prestatarios el tipo de interés del préstamo, con un coste muy moderado.

Por otra parte, en la técnica del Derecho Comunitario, se discute cuál es el acto legislativo de la CEE idóneo para introducir la figura de la eurohipoteca. En este sentido, una primera propuesta de Reglamento habría sido sustituida en la actualidad por la consideración de la Directiva como medio más adecuado, en la medida en que serían necesarios ajustes y modificaciones en los Ordenamientos de los Estados miembros.

(23) Un completo estudio comparativo entre estos dos tipos de hipotecas fue hecho por la UINL en 1988 (Comisión de Asuntos Europeos, Sección Mercado Común), editado por la Fundación para la Promoción de la Ciencia Notarial, Amsterdam.

Los defensores del modelo señalado de eurohipoteca ya previeron la posible oposición de los juristas de los países con una arraigada concepción de la hipoteca accesorio (24). Para darles la razón, me permito transcribir aquí unos esclarecedores párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1944, que recogen la dificultad de incorporar a los ordenamientos jurídicos propios instituciones que les son por completo extrañas:

“Por consideraciones de tipo social, no han sido reconocidas determinadas formas de garantía hipotecaria que ofrecen ciertas legislaciones extranjeras. Por la suma facilidad de su constitución y por estar desvinculadas de toda relación causal, pugnarían con básicos principios del ordenamiento civil patrio y con arraigados hábitos jurídicos, al par que, por su movilidad excesiva, podrían hallarse en oposición con la función social asignada a la propiedad (...)”.

“Por su carácter abstracto, sin íntimo enlace con una causa que justifique la disminución del patrimonio del deudor, difícilmente se armonizaría con el sistema vigente (...)”.

275

VII. Especial consideración del procedimiento notarial de ejecución extrajudicial

Una vez conseguida la libre circulación de los productos financieros, no puede dejar de plantearse como cuestión de enorme interés el solucionar los problemas derivados de la ejecución de los préstamos impagados por la enorme importancia que la morosidad está teniendo en la situación bancaria (25).

En este sentido, la agilidad en la ejecución, sin menoscabo de los derechos y garantías del deudor, se presenta como un desideratum en la mayoría de los países, en los que los

(24) STOCKER, *ibidem*, pág. 166.

(25) LAPUERTA, F. J.: “Procedimiento unificado de ejecución hipotecaria en la CEE”, *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, n.º 17, 1991, págs. 117 y ss.

plazos consumidos en esta fase terminal del préstamo se consideran relativamente largos. Con la excepción del caso danés (seis meses), el plazo normal de duración del procedimiento ejecutivo hipotecario en los países comunitarios es de dos años; y en España e Italia llega a ser hasta de más de tres años (26).

El procedimiento notarial de ejecución extrajudicial es una institución genuinamente española, con pocas analogías en el Derecho comparado, que tiene su antecedente en el art. 1.872 C.c., fue admitida jurisprudencialmente y quedó definitivamente consagrada en el Reglamento Hipotecario de 1915 (27). No ha tenido demasiada repercusión práctica, si bien recientemente el R.D. 290/1992, de 27 de marzo, intenta potenciar su viabilidad.

276

Con la finalidad fundamental de aliviar a las oficinas judiciales de una parte del creciente trabajo que soportan, la posibilidad de este procedimiento se basa en el pacto expreso en tal sentido que acreedor y deudor han llevado a cabo en uso de su autonomía. Como dice la Exposición de Motivos del R.D. citado, la gran certeza que ofrecen la documentación pública y la publicidad registral de las relaciones hipotecarias facilitan el objetivo propuesto sin merma de las debidas garantías del deudor (28).

Dentro del ámbito del D.I.Pr. español y, más concretamente, en el supuesto que más ha merecido nuestra atención a lo largo de este pequeño estudio, es decir, el préstamo hipotecario constituido en el extranjero con hipoteca sobre una finca radicada en España, el procedimiento extrajudicial presenta los siguientes problemas:

1. Posibilidad de su pacto en un contrato de préstamo regido por una legislación que lo desconoce.

(26) Datos tomados de LAPUERTA, *ibidem*, pág. 118.

(27) ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L: *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 1078.

(28) La ausencia de fase de cognición en el procedimiento no supone lesión del derecho de defensa del deudor, según determinó la STC de 18 de diciembre de 1981.

No parece haber mayores dificultades, si se tiene en cuenta que la ejecución de la hipoteca forma parte de la regulación de ésta, que está encuadrada dentro del estatuto real. La ejecución de la hipoteca es parte de su contenido y éste –según se señaló anteriormente– debe estar sometido a la ley española, aunque sea una ley distinta la que rija la relación de préstamo.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la posibilidad de este procedimiento descansa también en un cierto aspecto convencional (debe ser acordado por las partes), lo que supondría un pacto previo: la ley fija el procedimiento, pero su ejercicio debe ser especialmente convenido.

¿Quiere decir esto que tendría que regirse por la ley del contrato? No me parece que sea así. La necesidad de un acuerdo previo no traslada esta materia a la ley de la relación obligatoria garantizada. La aplicable será la ley que rige la hipoteca, que es la de situación del inmueble.

277

2. Competencia de Notario español.

La ejecución deberá producirse con arreglo a las normas de competencia previstas en el artículo 236,1 R.H., competencia que viene determinada por el lugar donde radique la finca hipotecada, sin posibilidad de sumisión expresa a otro Notario al constituirse la hipoteca.

El argumento invocable para llegar a dicha conclusión es el principio del D.I.Pr. español que exige el ejercicio ante los Tribunales españoles de las acciones reales –entre las cuales se encuentra, obviamente, la hipotecaria– sobre bienes inmuebles sitos en España. Se desprende del art. 22 L.O.P.J. y de las disposiciones del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Estaríamos ante lo que se ha denominado en la doctrina internacionalista “foro de competencia exclusiva” (29).

(29) ESPINAR VICENTE, J. M.: *Derecho Procesal Civil Internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993, págs. 47-51.

3. Necesidad de aplicación del Derecho español en cuanto al procedimiento.

La fundamentación de esta aseveración se encuentra, a mi juicio, en el art. 8,2 C.c.: “las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español” (30). El procedimiento a seguir será, por tanto, el de los arts. 234 y s.s. R.H.

4. Consecuencias de que el préstamo se haya pactado en moneda extranjera.

El art. 219 R.H. requiere que el importe de la obligación asegurada se fije en moneda española o señalando la equivalencia en ésta de la moneda extranjera elegida.

Por su parte, el art. 235 R.H. exige, para que pueda llevarse a cabo la ejecución extrajudicial, que la cuantía de la obligación aparezca inicialmente determinada. Ello ha llevado a dudar si la deuda en moneda extranjera cumple dicho requisito.

278 La cuestión ha sido solucionada en sentido positivo por la Resolución de la D.G.R.N. de 20 de diciembre de 1993, que considera determinada la cantidad cuando la misma resulta de una simple operación aritmética, como es la de aplicar a la suma asegurada en moneda extranjera el precio vendedor del día del vencimiento.

Nos pone esta consideración sobre aviso acerca de la conveniencia de fijar perfectamente en la escritura de hipoteca la modalidad de conversión a moneda española.

5. ¿Qué perspectiva ofrece una eventual introducción en la futura eurohipoteca de un procedimiento notarial de ejecución extrajudicial?

(30) Me parece mejor el apoyo en el artículo invocado que en el 10-10.º (“se aplicará la ley del lugar del cumplimiento a las modalidades de la ejecución que requieran intervención judicial o administrativa”), precepto que a veces se suele citar en relación con el procedimiento de ejecución (lo hace la Resolución de la D.G.R.N. de 12 de mayo de 1992, antes reseñada). El término “ejecución” creo que resulta empleado en este artículo no tanto en su sentido procesal, como en el de efectividad o materialización de la prestación. Así parece entenderlo ANGULO RODRÍGUEZ, M.: *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Obra colectiva), Vol. 1.º, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, págs. 556 y ss.

El procedimiento notarial de ejecución ofrece la garantía de rigor y, al mismo tiempo, agilidad que caracteriza la actuación notarial. Convenientemente regulado en sus pormenores procesales ayudaría a solucionar lo que constituye una común preocupación europea, como es la de descargar a los órganos judiciales de parte de su ingente tarea.

Desde el punto de vista del Derecho español, caso de que el sistema seguido por la eurohipoteca fuera el modelo suizo de cédula hipotecaria, la conexión con el procedimiento que aquí tratamos ofrecería un curioso problema: la forma de hipoteca más parecida en Derecho español a la cédula suiza es la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, en relación con la cual la doctrina española discute enormemente si cabe pactar en ella el procedimiento notarial de ejecución extrajudicial (31).

VIII. Conclusiones

1. El préstamo hipotecario se ha convertido en objeto de gran interés social y económico en la medida que supone un medio imprescindible para facilitar el acceso a la propiedad de la vivienda de grandes sectores de población.

Algunos factores de reciente aparición, como la libre circulación de capitales y la internacionalización del tráfico jurídico inmobiliario, contribuyen a acrecentar la importancia del préstamo hipotecario transfronterizo.

2. El derecho de hipoteca aparece dominado en el D.I.Pr. español —como no podía ser menos, dada su naturaleza inmobiliaria— por el principio de la territorialidad: *lex rei sitae*.

Provoca dicho principio la dificultad de acceso al Registro de la Propiedad español, regido por una serie de normas de gran complejidad técnica, de hipotecas constituidas

(31) La discusión viene motivada por la remisión que hace el art. 155 L.H., según algunos con carácter exclusivo, al procedimiento judicial sumario. No es éste el momento de profundizar en esta polémica.

en el extranjero, dada la dificultad de adaptarse a la ley española, reguladora de la hipoteca.

En este sentido, la intercomunicación entre los diferentes notariados latinos facilitaría la solución del tal problema. Bastaría que un Notario alemán, por ejemplo, que intervenga en una escritura de préstamo con hipoteca sobre una finca española, solicitase a un colega español la colaboración en cuanto al cumplimiento de los requisitos exigidos por el Derecho hipotecario español. La rapidez de los modernos medios técnicos de comunicación contribuiría a facilitar la relación.

3. Los inconvenientes de derecho territorial –no superados por la Segunda Directiva Bancaria– han vuelto a poner de actualidad el sistema unificador de la eurohipoteca. Respecto de ésta, parece haberse optado en los diferentes proyectos llevados a cabo últimamente por el modelo de la cédula hipotecaria suiza.

280

El proyecto recibe el aliento de las asociaciones financieras, obsesionadas por una vieja aspiración de la Banca, la “desintermediación”, que estiman más fácilmente alcanzable con este sistema. Corresponde a los organismos notariales europeos luchar por explicar a los ciudadanos y a los poderes públicos las ventajas de la intervención notarial, entre otras su papel en la protección de los consumidores.

4. Me parece de gran interés llamar la atención de las beneficiosas consecuencias que para los prestatarios españoles ha tenido la experiencia de nuestra Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Esta Ley ha permitido que, con un coste relativamente bajo, una hipoteca accesorio no haya sido obstáculo para la renegociación del tipo de interés del préstamo.

5. En un proyecto unificador de la hipoteca, quizás debería ser considerada la posibilidad de un procedimiento notarial de ejecución extrajudicial que, sin merma de las garantías del deudor, dotase de rigor y agilidad a esta eventual fase fallida del préstamo hipotecario.

Abreviaturas utilizadas

C.c.:	Código civil
CEE:	Comunidad Económica Europea
D.G.R.N.:	Dirección General de los Registros y del Notariado
D.G.T.E.:	Dirección General de Transacciones Exteriores
D.I.Pr.:	Derecho Internacional Privado
L.H.:	Ley Hipotecaria
L.O.P.J.:	Ley Orgánica del Poder Judicial.
NOF:	Número de Operación Financiera
RCDI:	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R.D.:	Real Decreto
R.H.:	Reglamento Hipotecario
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional

B) Notas bibliográficas

“El abandono de menores en el Código civil”, GONZALEZ LEON, C. Prólogo de M. J. Herrero García. Ed. J. M. Bosch, 1994, 383 págs.

I. Este libro constituye un exhaustivo e interesante estudio de uno de los aspectos más conflictivos y esenciales de la Ley de 11 de noviembre de 1987: el abandono de menores y su protección jurídica. Dicha Ley, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, fue desde sus comienzos objeto de una abundante literatura y numerosos estudios. El presente trabajo viene a sumarse a estas aportaciones pero frente a las mismas representa la novedad y tiene el mérito de ahondar e incidir con profusión en el específico tema del abandono.

Es imprescindible el reconocimiento, como se hace en la obra, de la gravedad y relevancia de los supuestos de desasistencia y abandono de menores, cuya concienciación social empieza sobre todo a partir de los años cincuenta; época que coincide además con importantes estudios que comienzan a llevarse a cabo especialmente en Estados Unidos sobre las repercusiones de un ambiente anómalo en el desarrollo de los menores. El conocimiento de estas consecuencias en efecto guió las sucesivas reformas en materia de protección de menores, porque conscientes de los riesgos y las secuelas de una deficiente y distorsionada asistencia y de la facilidad de su prevención frente al alto coste de resolverlas la sociedad debe comprender bajo nuevos esquemas la protección y amparo de los menores, y ello desde diversos frentes, familiar, social pero sobre todo jurídico, en cuanto que los menores deben recibir no por caridad sino por derecho.

Reconocidas estas premisas, en esta materia se ha producido en los ordenamientos modernos una importante inflexión a favor del interés y beneficio de los menores, que ha orientado el establecimiento de un conjunto tuitivo de

normas ampliamente generalizadas. Buena prueba de este movimiento que avanza en la conquista de los derechos de los menores se expresa en las diversas declaraciones internacionales. A nivel constitucional el art. 39.2 enfatiza que los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos, y su apdo. 4.º garantiza que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Y en el ámbito del Código civil se han sucedido varias reformas que han erigido en principio básico el respeto a la personalidad del hijo y el beneficio e interés del menor.

Pero estos principios deben materializarse en un efectivo cuadro de medidas jurídicas de asistencia y protección a la infancia. Esta Ley es significativa de la creciente preocupación y concienciación social que existe respecto al abandono, y contiene una mayor previsión legal, pero también refleja el largo camino que queda por recorrer tanto en el ámbito legislativo como administrativo y judicial. De hecho, recientemente, cuando se escriben estas líneas, se ha aprobado en Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Protección jurídica del Menor y de Modificación Parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que completará la reforma de 1987. Afectará al derecho de tutela de las entidades públicas en caso de desamparo, a la figura del acogimiento y a la adopción internacional, incidiéndose sobre las actuaciones frente a situaciones de desprotección social del menor. Pero, de nuevo, aunque se pone gran fervor y se manifiestan buenas intenciones de voluntad en orden a una efectiva protección de los menores y se demuestra un claro deseo de avance en este ámbito, a mi juicio se vuelve a incidir en algunos idénticos errores y no se ofrece un completo y efectivo sistema normativo frente a la desprotección del menor y a veces tan sólo se insiste en atenciones ya advertidas con anterioridad.

II. Por lo que respecta ya al contenido de la obra incluye un gran cúmulo de notas y detalles, por lo que esta ceñida síntesis representará tan sólo un pálido reflejo de las cuestiones que de forma prolija se afrontan en el presente trabajo.

Con análisis crítico se aborda el concepto de abandono, los elementos que lo configuran, el órgano llamado a declararlo y la protección del menor abandonado. Optándose —se advierte— por una metodología dirigida a la valoración de los intereses en conflicto, inspirado en el preferente beneficio del menor, pero sin olvidar los demás intereses en juego. Teniendo al mismo tiempo presente a lo largo de todo el trabajo las aportaciones del Derecho comparado, sobre todo del Derecho francés e italiano, cuyos respectivos ordenamientos ha tenido de referencia la Ley de 1987.

III. Antes de entrar en la normativa legal del desamparo se parte de un estudio general de la protección del menor. Se analiza el sustrato social y la función que el Derecho puede desempeñar en la asistencia al menor, valorando la necesaria intervención subsidiaria del Estado sólo en ausencia de un estable ambiente familiar; intervención que requiere una infraestructura adecuada

de medios asistenciales especializados, de los que hace una referencia sumaria siguiendo el orden de la propia Ley de 1987.

Para pasar a desglosar las cuestiones exclusivamente referentes al tema específico de estudio, en el Capítulo II se analizan las distintas hipótesis del abandono cuya variedad hace en verdad difícil encontrar, como se pretende, una adecuada conceptualización que englobe los numerosos y dispares supuestos que comprende, a lo que ayuda una reflexión sobre los principios que deberían informar la regulación del abandono, como se atiende a la evolución de su regulación en el Ordenamiento jurídico español.

Todas estas premisas permiten una valoración más segura sobre la calificación que merece la definición que sobre el desamparo ofrece el art. 172.1 del C.c., que se analiza en el siguiente capítulo. Desglosando para su exégesis los incisos en que parece estar dividido: “la situación de hecho de falta de asistencia moral o material” y “el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores”. Concluyéndose al respecto, también por su comparación con otros textos de referencia (la Ley catalana de 30 de diciembre de 1991), que se trata, en efecto, de un concepto insuficiente con un criterio excesivamente objetivo, sin un tratamiento adecuado de los elementos que deben integrar el concepto de abandono.

A su juicio son tres los elementos fundamentales que deben tenerse en cuenta para la regulación del abandono: que es una situación de falta de asistencia moral o material de carácter grave y definitivo; que hay que determinar quiénes son las personas capaces de provocar el abandono; como cuáles han sido las causas que provocan tales situaciones de desasistencia. Abordado el primero de ellos en otra sección, el capítulo IV se centra con exhaustividad en la exposición de estos dos últimos.

Con respecto al primer punto se justifica la trascendencia de los elementos personales en la adecuada regulación del tema, la incidencia del comportamiento de la familia del menor en la declaración de desamparo y los controles a que debería someterse la delegación de patria potestad en favor de terceros en cuanto que podrían constituir situaciones de abandono. Refiriendo también tales aspectos al Derecho italiano y francés.

Y por lo que concierne al segundo elemento también se justifica su importancia y significación, como se hace especial mención a la incidencia de las situaciones de fuerza mayor de carácter transitorio.

IV. Una vez delimitado el concepto de abandono se centra en la protección de los menores abandonados, distinguiendo la protección y asistencia que se debe garantizar antes y después de la declaración de abandono.

Con acierto manifiesta que uno de los mayores problemas que plantea esta Ley deriva de la no distinción entre la atención urgente y efectiva que se debe garantizar ante una situación de hecho de desasistencia, de la institución o medida de protección que se debe acordar tras la declaración de desamparo. Según el art. 172.1 C.c. el mecanismo arbitrado para proteger al menor desam-

parado es la tutela, que tal y como se concibe en esta Ley no puede generar más que polémica y originar una multiplicidad de interpretaciones y debates doctrinales.

Con respecto al primer momento se analizan los problemas que esta situación presenta, ofreciendo de referencia el Ordenamiento italiano y francés y se analizan los mecanismos que ofrece la Ley de 1987 para atender a los menores desasistidos antes de la declaración de desamparo.

Para pasar a dilucidar, ante el silencio de la Ley, el órgano competente para la declaración de abandono, poniendo de relieve las diversas posturas doctrinales al respecto y los criterios para la regulación de tal declaración y su incidencia y repercusiones.

La autora defiende a este respecto, con acierto, que durante este período lo más adecuado sería recurrir a una guarda y una vez que las entidades administrativas hayan atendido efectivamente a los menores sería preciso, si así procede, la declaración de desamparo por parte de la autoridad judicial comprobadas las circunstancias concretas de cada situación, ordenando, se entiende, la constitución del medio de protección que convenga. En efecto, "la labor de las entidades públicas es fundamental pero debe limitarse al campo de la prevención y de la asistencia porque la labor de confirmación y control de cualquier medio de protección del menor debe atribuirse al Juez..."; "la legislación debe estar en armonía con los principios constitucionales y civiles del Derecho de familia y debe estar inspirada en el beneficio del menor" (p. 208). Y, entre otras ideas, sobre éstas funda la necesidad, como es lo más propio, de que el órgano judicial sea el competente para la declaración del abandono, frente a aquellos que para ello entienden competentes a las entidades públicas. "El abandono debe ser apreciado y declarado por el Juez tras un procedimiento en el que se estudien detallada y exhaustivamente las circunstancias concretas que rodean a cada menor y ofrezca a los padres la posibilidad de ser oídos y de defender sus derechos" (p. 252), aparte de estimar que ésta es la solución más respetuosa con el interés del menor. Preocupado el legislador, como se deduce de los debates en la tramitación parlamentaria, por ofrecer una solución rápida y urgente ha descuidado una redacción acorde y armonizadora con el resto de disposiciones legales, obviando al mismo tiempo aspectos importantes, lo que acarrea problemas de aplicación y promueve innumerables debates doctrinales sin orden a soluciones efectivas.

Por lo que respecta a la protección del menor tras la declaración de abandono, a lo que dedica el último capítulo, analiza la vinculación de la tutela *ex lege* que predica el art. 172.1 C.c., su naturaleza jurídica, características y su modo de constitución. Después de valorar con una visión crítica las diversas posturas doctrinales explicativas de esta figura, justifica y defiende (una visión que no comparto enteramente como he expuesto en otra ocasión), que la tutela *ex art. 172.1 C.c.* es una verdadera tutela ordinaria del Título X del Libro I del Código civil, que se atribuye por resolución judicial a las entidades públicas en favor de los menores desamparados y cuya principal peculiaridad radica en el régimen de llamamiento legal a que la somete el art. 239 C.c.,

analizando también las particularidades de la constitución de este tipo de tutela ex art. 172.1 C.c.

V. En definitiva, la obra representa, como se ve, una importante aportación o contribución a la clarificación de esta interesante figura que tiene una gran trascendencia tanto desde el punto de vista práctico como teórico; con especial capacidad analítica se trata con coherencia de ofrecer la estructura que conforma el abandono y la protección del menor desamparado, asumiendo por ello sin duda este trabajo el valor de referencia obligada para el estudio y solución de tales problemas.

Esther Muñiz Espada
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Valladolid