

IN

REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

JULIO~SEPTIEMBRE 1997

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

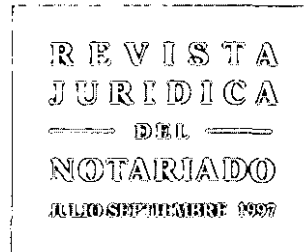
Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

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



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

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

Estudios

- | | |
|-----|---|
| 9 | BAZACO PALACIOS, Blanca I.; SOLÍS HERRÁIZ, M. ^a Pilar; RIESCO, Ángel: "El nacimiento de una profesión: el notariado". |
| 19 | CAUMONT, Arturo: "El pacto de desistimiento unilateral en favor de un solo contratante en negocio jurídico de ejecución no continuada". |
| 39 | DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: "Las sociedades anónimas deportivas". |
| 117 | FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis: "Sobre el párrafo segundo del artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque: consideraciones relativas al lugar y a la forma de pago del efecto protestado". |
| 143 | LEMA DEVESA, Carlos: "La promoción como necesidad comercial del empresario: la información al público y la publicidad". |
| 165 | RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "El ejercicio extrajudicial de su <i>ius distrahendi</i> por el acreedor hipotecario". |
| 193 | TENA PIAZUELO, Isaac: "Aproximación al origen histórico de la sociedad en el Derecho romano". |

Historia notarial

- | | |
|-----|--|
| 215 | BONO, José: "El testamento como <i>voluntatis sententia</i> , su composición diplomática moderna". |
|-----|--|

Actualidad jurídica

Notas bibliográficas

- “Metodología de la determinación del Derecho, II (Parte Sistemática)”, de Don Juan B. Vallet de Goytisolo.
- “Presentación”, por Don Antonio Fernández-Golfín Aparicio.
- “Panorama introductivo de la obra”, por Don José Iturmendi Morales.
- “Las teorías de la interpretación jurídica, en Vallet de Goytisolo”, por Don Ángel Sánchez de la Torre.
- “La determinación negocial del Derecho”, por Don Antonio Rodríguez Adrados.
- “La determinación conflictual del Derecho”, por Don Jesús Marina Martínez-Pardo.

EL NACIMIENTO DE UNA PROFESIÓN: EL NOTARIADO

BLANCA I. BAZACO PALACIOS

*Licenciada en Geografía e Historia
Especialidad: Historia Medieval
Universidad Complutense de Madrid*

9

MARÍA PILAR SOLÍS HERRÁIZ

*Licenciada en Geografía e Historia
Especialidad: Historia Medieval
Universidad Complutense de Madrid*

Director: ÁNGEL RIESCO

*Catedrático de Paleografía y Diplomática
Facultad de Geografía e Historia
Doctor en Derecho y en Historia*

Introducción

Dado el **tema** propuesto por este congreso universitario (*Trabajo: reinventar el futuro*), y desde la óptica histórica propia de nuestra formación, hemos elaborado una ponencia sobre los orígenes de una profesión de gran importancia actualmente, y que es y será necesaria en cualquier tipo de sociedad: el *notariado*. El período que comporta dicha ponencia es el de su nacimiento y su posterior evolución inmediata, esto es, del siglo XIII al XV. Existe la posibilidad de afrontar el tema desde diferentes puntos de vista: histórico, lingüístico, del Derecho... Nosotras lo hemos hecho fijándonos en la institución notarial, y sobre todo en la figura del notario como persona.

10 Para poder comprender y reinventar una profesión tan imprescindible para el buen funcionamiento de la justicia, creemos necesario investigar sus raíces, para encontrar su fundamento y no perder de vista sus fines.

La metodología es la propia de la investigación histórica: la justificación de la hipótesis a partir de las **fuentes** originales escritas, y el amplio conocimiento de la bibliografía actual sobre el tema.

Las principales fuentes serán las legislativas, además de algunos tratados, y la documentación generada por estos “profesionales” (1). La tarea legislativa renovadora que acometen algunos monarcas se aprecia en los libros legales de alcance territorial, como los *Fueros de Valencia* o la *Compilación Aragonesa* de 1247. El verdadero intento de ordenación notarial se completa por las provisiones reales y por las actuaciones de las Cortes. Otras fuentes son de carácter local y revisten la forma de privilegios reales que reconocen aspectos puntuales: *Fuero Juzgo*, *Espéculo*, *Partidas*, *Ordenanzas Reales*, *Nueva Recopilación* y *Novísima Recopilación*.

(1) Precisamente se trata de demostrar si eran o no eran profesionales en esta época.

¿En qué momento comienzan a ser los notarios profesionales, sujetos a una legislación específica, con derechos y obligaciones, dejando de ser meros escribanos que trabajan por unos cuantos maravedís, sometidos a múltiples presiones por parte de quien les ha hecho el encargo?

El notariado

Según BONO, el siglo XIII y XV: “*se caracteriza por la regulación local del notariado, peculiar de cada ciudad o comarca, que los privilegios y ordenaciones reales van estableciendo fragmentariamente*” (2). De esta manera, la Historia del Derecho notarial español comienza en el siglo XIII, cuando surgen la institución notarial y el documento público con las características y significaciones actualmente vigentes, al transformarse, en una sincrónica evolución en todos los reinos de la España cristiana, el *scriptor* profesional y la *scriptura* privada, en el *publicus notarius* y en el *instrumentum publicum*.

11

Desde mediados del siglo XII se afianza la idea, entre los juristas, de que la credibilidad del documento va unida intrínsecamente a la condición de la persona pública, dotada de la *fides publica* del notario. La *fides* del documento no se apoya en la posterior confirmación de los testigos, ni en la suscripción de los otorgantes, sino en la aseveración del notario.

El *signo* es el símbolo que expresa la autoridad jurídica de los notarios. Primero se redacta el documento de manera resumida (la *imbrevisatura*), y después viene la redacción definitiva (la *publica forma*), según un determinado formulario.

(2) BONO, José (1979): *Historia del Derecho notarial español*, I, 1, Madrid. pág. 22.

El notario

El notario es: "*privilegiata persona ad negotia hominum publice et authentice conscribenda*" (3).

No todo el mundo podía ser notario, con el paso del tiempo se fueron dando instrucciones cada vez más precisas de las **características** que debían reunir los mismos:

— Ser varón.

— Tener una determinada edad (que cambiará con el tiempo).

— Estar dotado para el ejercicio específico de la función notarial, sin defecto físico que le hiciera inviable.

— Ser libre.

— Profesar la religión cristiana sin ser clérigo.

— Estar vecindado en el lugar donde se debía actuar en el oficio.

12 — Gozar de una buena fama, tener una moralidad en la vida y en las costumbres.

— Saber leer y escribir bien (4).

— Ser entendido en el arte de la notaría.

Se hace preciso por tanto una **formación** teórica y práctica. Existía la costumbre (como ahora) de salir a formarse al extranjero, y esto propició que los juristas, hasta mediados del siglo XIV, fuesen una minoría de gran talla, pero pocos en número.

Este aprendizaje se realizaba por diferentes medios:

— Escuelas privadas.

— Magisterio de un notario.

— Repertorios de fuentes legales.

— Prácticas cerca de un notario ejerciente, con el que se estipulaba un contrato de aprendizaje.

(3) ROLANDINO PASSEGERII. Glosa de la rúbrica *De tabulariis, scribis, logographis et censualibus*.

(4) No debemos perder de vista la época en que nos hallamos, con un índice de analfabetismo de aproximadamente un 85%.

Tras esta preparación, era necesario superar un examen notarial para que los escribanos públicos demostraran su aptitud. Esto era exigible desde la provisión de Juan I en 1389, en la que se precisaba la cantidad a pagar por los derechos de examen, en qué ciudades y obispados debía hacerse, y quiénes formarían el tribunal (generalmente el obispo, el alcalde y el notario mayor del concejo) (5).

Una vez superado el examen, el escribano recibe el título que le faculta para ejercer el oficio, tras pagar las tasas establecidas y prestar el juramento solemne ante el concejo.

Tiene el notario una serie de **deberes**:

- Secreto profesional o *poridat*.
- Residencia en el lugar donde debía ejercer el título.
- Escriturar en forma pública los documentos de derecho privado.

- Registro de esos contratos y custodia de los mismos.

El **trabajo** se realiza entre los diferentes miembros que forman la oficina notarial, en donde de forma permanente se reciben clientes, y se conserva el material que genera la actividad del escribano. El aprendiz colabora activamente en las tareas de esta oficina, concretamente en la escrituración documental, mientras el escribano profesional realiza la escrituración material de la documentación. Es por esto que existe tan estrecha vinculación entre el notario y la escritura o sistema gráfico. Es un "*hombre de pluma*".

A nivel de **prestigio social**, se cotizaban en rango superior los negocios que tenían que ver con la rama del comercio. Como consecuencia del desarrollo de la sociedad civil, la profesión de notario público confiere, además de prestigio, bienestar económico. El nombramiento de los escribanos o notarios nos da suficientes datos como para poder observar los problemas con que tuvieron que enfrentarse, para lograr la evolución de este cuerpo, con una cada vez mayor independencia y capacidad de actuación conforme a su función.

(5) Carta real aprobatoria de Juan I de 1389.

Legislación

Hemos de comprender lo importante que era para una monarquía en proceso de centralización y poder absoluto típico de la Edad Moderna, en la que estamos a punto de entrar con los Reyes Católicos, poseer el máximo **control** sobre esta institución del notariado. Éste se efectuaría de hecho si controlaba los nombramientos.

Las Partidas hablan en un apartado (6) sobre el tema de acerca de quién ha de situar los diferentes escribanos en las ciudades, concejos, villas y en la Corte. Esta competencia la ha de sostener la máxima autoridad civil: el Rey. Con esta ley se intenta evitar que cada mínima parte de la autoridad, señores con más o menos capacidad jurídica en un territorio, tanto civiles como eclesiásticos, villas y concejos, pudieran nombrar escribanos con la categoría de públicos, es decir, aquellos que podían actuar en todas las partes del reino. El nombramiento más antiguo a través de carta real que se conserva es del año 1351, de Pedro I a Juan López. Más adelante, a partir del año 1475, en estas cartas se otorga al escribano su signo propio, con el que ha de firmar y testimoniar su fe en los documentos en cuya redacción participe, y que funciona como un título. A través de estos sellos y su concesión, podemos ver una progresiva personalización del cargo con sus derechos y obligaciones, y no ya una mano anónima firmante sin ninguna responsabilidad en los documentos en los que interviene (7).

Aunque *Las Partidas* nos atestiguan un intento de mayor control por parte de los soberanos, la realidad no llegó, al menos de momento, a ser como ellos quisieron. Perduran todavía en el siglo XV los nombramientos hechos por las

(6) Part. 3.^a, tít. 19. Ley 3.

(7) El documento más antiguo conservado de este tipo es el del nombramiento de escribano público a Juan de Chaves, dada por carta real de doña Isabel en Segovia el 8 de enero de 1475.

propias villas según las costumbres y fueros de las poblaciones (8), de mucha mayor tradición. Esta situación paralela y opuesta, ya que no estaba unificada la legislación sobre el tema, fue causa de numerosos pleitos y problemas, sobre todo en el nombramiento de los escribanos públicos del número, que estaban designados para una población concreta, por lo que se daba el caso de nombramientos paralelos por parte del rey y del concejo.

Otra de las razones por las que creemos que esta dinámica, de difícil asentamiento y progresiva independencia del cuerpo de notarios, es factible, es el **número** de escribanos públicos que llegó a existir. En el siglo XV, fruto de anteriores reinados, sobre todo el de Enrique II, la cantidad excesiva de ellos produjo problemas y peticiones expresadas en múltiples ocasiones a través de las Cortes. En momentos de especial debilidad de la institución monárquica, el rey se ganó partidarios concediendo privilegios y cargos múltiples, de entre los cuales destaca el de escribano. Tanto era así que varias fuentes nos atestiguan que, dada la desproporción del número con la necesidad, muchos de ellos no tenían modo de sobrevivir con el ejercicio de su profesión.

Esto nos lleva a pensar además, lo fácil que sería para estas personas, en difícil situación, el dedicarse a la falsificación y copia de muchos documentos sin garantías, a petición de los interesados. De hecho se conocen algunos casos que muestran la realidad sobre esto, como mercedes de escribanía pública a personas no expresadas vendidas al mejor postor.

Esta lamentable situación, ya en el siglo XIV, intenta ser paliada a través de concesiones reales de limitación de estos escribanos a un número razonable. Pero las buenas intenciones de los reyes no se llegaron a cumplir, ya que vemos cómo se repite una y otra vez, en las peticiones de las Cor-

(8) Se pueden presentar como ejemplos el privilegio de la ciudad de Zamora de 1421 concedido por Juan I el 17 de marzo de dicho año y el de Toro concedido en 1428 por Juan II. A.G.S.

tes al rey, la limitación de estos abusos, cómo en las Cortes de Palenzuela de 1425, en las de Zamora de 1432 o en las de Valladolid en 1442. No hay que olvidar los problemas internos del reino para comprender la ineficacia de las Cortes y de los reyes sucesivos. La concesión de estos privilegios daba lugar a una clientela política muy importante en estos años de transición histórica e inestabilidad, sobre todo en el período de 1465 a 1468, en el que en Castilla estaba sucediendo una guerra civil, por lo que se formaron dos administraciones, aspecto que influye en todos los oficios pero especialmente en el de escribano público, ya que los escribanos gozaban de numerosos privilegios, sueldos y asignaciones. El que uno de los bandos perdiera la guerra significaba las privaciones y cesantías de oficio de escribano, y la concesión de nuevos cargos para premiar las fidelidades y atarlas mejor.

- 16 El no cumplimiento por parte de los monarcas de esta legislación obedece a su interés por controlar lo máximo posible esta institución, y no a una determinada coyuntura política, aunque ésta influyera.

Conclusión

Hemos comprobado a través de la legislación lo lentamente que se asentó el notariado como oficio liberal. Esto es debido a lo incómodo que resultaba a algunos poderes, tales como la monarquía y la nobleza, que existiese un cuerpo profesional independiente, y por tanto, fuera del alcance de su control. Sin embargo, eran conscientes de que su existencia iba en beneficio del buen funcionamiento del gobierno.

La complejidad del Derecho propio de un "Estado" (9) cada vez más avanzado exigía, para su correcto funciona-

(9) El surgimiento del "Estado" tal y como lo entendemos hoy, es un logro de la Edad Moderna, aunque esta afirmación también se preste a discusiones.

miento y para el orden social, el establecimiento de un cuerpo de notarios que diera fe sin ningún tipo de cortapisas, de hechos jurídicos tanto públicos como privados.

El notario se constituyó así sin quererlo, en la garantía de que serían respetados los derechos del pueblo llano frente a las pretensiones de la nobleza y la monarquía, instituciones ambas en perenne lucha por sus propios intereses. Sin embargo, esta deseada independencia no se resuelve de una manera absoluta en la Edad Media, sino que es un proceso que culminará con la Ley Orgánica del Notariado del 28 de mayo de 1862, siendo perfeccionada por las leyes posteriores (10).

Debemos aprender de la Historia para reinventar el futuro. Las virtudes morales exigidas en la Edad Media, junto con el trato personal característico de esa época, serían deseables en una sociedad altamente despersonalizada. La gran profesionalidad que ha alcanzado este cuerpo se vería beneficiada, además de retomar su primitiva función de valedero de los derechos de la persona.

17

Bibliografía

- BONO, José: *Historia del Derecho notarial español*, Madrid, 1979.
- Catálogo de la exposición conmemorativa del primer centenario de la Ley del Notariado*, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1962. Redactado por José María MADURELL y MARIMÓN.
- BLASCO MARTÍNEZ, R. M.^a: *Una aproximación a la institución notarial en Cantabria*, Santander, 1990.
- ARRIBAS ARRANZ, F.: *Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo XV*, Madrid, 1962.
- CANELLAS A.: *El notariado en España hasta el siglo XIV. Estado de la cuestión*, VII Congreso Internacional de Diplomática, Valencia, 1989.

(10) Reglamento del 9 de abril de 1917.

Fuentes

ROLANDINO PASSEGERII: *De tabulariis, scribis. logographis et censuallibus*.

ALFONSO X: *Las Partidas*.

Privilegio de la pena del Talión concedida por el rey Juan I de Aragón a los notarios de Barcelona. Autoriza a los notarios para reunirse cuando quieran y sin licencia, para sus asuntos, para redactar estatutos u ordenaciones y para establecer penas. Dispone que los que difamen injustamente la profesión notarial tengan que indemnizar por los perjuicios que ocasionen. Barcelona, 6 de mayo de 1395. Pergamino original con su sello colgante, perg. n.º 1 ACNB.

Liber privilegiorum concessorum in favorem notariorum in civitate Barchinone artem notarie exescentium et ordenatorum in favorem ipsius artis, factorum et ordinatum per honorabilis consiliarios et probos homines dicte civitatis Barchinone. Ff. 1-94, en vitela ACNB.

18

Carta de Pedro el Ceremonioso prohibiendo a los notarios que delegasen sus funciones en sustitutos. Monasterio de Poblet, 1 de julio de 1341. Cartas reales de Pedro III, n.º 1383 ACA.

La reina María autoriza al notario Miguel de Aliaga, el cambio de signo para su validación. Valencia, 13 de junio de 1442. Reg. 3141, f. 43 ACA.

"Por quanto el dicho Johan Gonçalbes es persona suficiente para usar del dicho oficio", AM, Madrid, sección 2.ª, legajo 344, n.º 143.

EL PACTO DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN FAVOR DE UN SOLO CONTRATANTE EN NEGOCIO JURÍDICO DE EJECUCIÓN NO CONTINUADA

19

ARTURO CAUMONT

*Profesor Adjunto de Derecho Civil II y III
de la Facultad de Derecho
Montevideo - Uruguay*

I

El trabajo de investigación que de seguido se desarrolla tiene por objeto el análisis conceptual integral del derecho de cesación unilateral del vínculo contractual a partir de su inserción concreta en un negocio jurídico insusceptible de constituirse en marco técnico apropiado para su validez y, en consecuencia, para el despliegue de sus efectos.

En lo estrictamente atinente a la metodología de trabajo por la que se ha optado para el correspondiente desarrollo analítico, debe subrayarse la intención del autor en reivindi-

car la utilidad técnica que ofrece el examen del marco conceptual teórico de un instituto —pilar básico sobre el que se edifica la verdadera aprehensión cognoscitiva de todas las situaciones jurídicas— entroncándolo, desde su estructura, con la vis funcional proporcionada por su inserción en un negocio jurídico inapropiado, circunstancia ésta que opera como el elemento retroalimentante por el cual se obtiene la captación final del propio fenómeno.

II

20

En un contrato de compraventa de acciones cuya obligación de entregar a cargo del vendedor fuera en el propio acto negocial cumplida por tradición, se insertó en favor del comprador —que disponía de un plazo de treinta meses para cumplir por su parte con la obligación de pagar el precio— la facultad irrestricta de desistir unilateralmente.

La compraventa resulta ser un negocio jurídico obligacional unánimemente considerado como un contrato de cambio, desde que su rasgo tipológico funcional consiste en ser título hábil para transferir el dominio del objeto sobre el cual recae el consentimiento, sin aptitud restitutoria alguna que directamente emane de la propia figura negocial ni del sistema normativo que de modo objetivo la regula. Y es además, la compraventa, un contrato de ejecución o cumplimiento instantáneo en el también unánimemente aceptado sentido de que no contiene espacio jurídico alguno para que —naturalmente— la ejecución de las obligaciones presuponga en el plano ontológico el transcurso temporal durante y por el cual se extinga al menos una de sus obligaciones: la inserción de la variable tiempo es un factor que incide dentro del ámbito de la instantaneidad del cumplimiento (difiriéndolo o periodizándolo según los dos únicos casos posibles) pero sin extralimitar tal ámbito (de instantaneidad) para ingresar en el del tracto duradero o cumplimiento continuado, terreno ajeno

a la especie compraventa y en el cual es precisamente el tiempo un elemento imprescindible del y para el cumplimiento obligatorio por referirse a prestaciones que constriñen comportamientos insusceptibles de adoptarse discontinuadamente.

Es en el preindicado ámbito contractual –compraventa tradición de acciones con plazo para el cumplimiento de la obligación de pagar su precio, contrato no de cumplimiento continuado y sí contrato de cambio con la obligación de entregar el objeto ya cumplida– que se estipuló asimismo, y en favor de aquel contratante en cuyo beneficio se estableció el plazo para abonar el precio, el derecho potestativo de receso unilateral.

El pacto por el cual se acordó el conferimiento del derecho potestativo de receso unilateral no es válido. Por el contrario, está viciado de nulidad absoluta por ilicitud al no reunir ninguno de los requisitos que convocan su secundamiento por el orden jurídico y en especial por transgredir de modo completo la norma estatuida por el artículo 1.253 del Código civil.

La nulidad absoluta del pacto de receso unilateral emana directamente de las causas de invalidez que de seguido se enuncian, examinan y desarrollan:

Primero. Causal jurídico ontológico funcional. Porque no se acordó en el ámbito contractual natural y obvio que amerita en principio una posibilidad lícita de estipulación en razón de la función típica del desistimiento unilateral, vale decir, en el ámbito de los contratos de ejecución continuada, sino que se pactó en área negocial de cumplimiento instantáneo.

En este sentido, es claro que la función típica del receso unilateral atiende a temporalizar situaciones jurídicas en las que la indeterminación temporal, la duración y la continuidad de las prestaciones –ora de modo singular, ora en combinación– prefiguran un marco de eventual agresión a la libertad individual, sólo preservable por la facultad jurídica de

evasión con que al individuo así compelido se le mune. En el caso de marras no tiene ni puede tener el pacto de desistimiento unilateral función alguna que cumplir, desde que la propia trama contractual en la que se inserta, resulta ser un contrato de cambio —extremo que aleja la cuestión del ámbito de sujeción obligacional perpetua que pueda precipitar una lesión a la libertad individual, de cuya tutela se encarga el orden jurídico predisponiendo precisamente el instituto del desistimiento unilateral— en el que, además, resulta incuestionado —e incuestionable— el cumplimiento inmediato de la obligación de entregar la cosa a cargo de quien no tiene asignada la facultad de desistir (el vendedor), tanto como incuestionado e incuestionable que aquél a quien sí tal facultad le fue conferida —el comprador— aún no ha cumplido con su obligación de pagar el precio.

22

Con ese estado contractual de cosas, la irregularidad invalidante del desistimiento por inexistencia originaria y definitiva de función alguna a cumplir, surge de modo palmario en tanto aparece claramente alterado el sujeto que en la mejor de las hipótesis pudiera ser susceptible de algún amparo a través de la facultad de marras. No existiendo elemento de la *res integra* que ya GAYO mencionaba como un requisito del recesso unilateral del mandato. Debe observarse que el límite de la *res integra*, esto es, que el contrato no haya tenido principio de ejecución (SASSI, Gianfranco. “Il recesso dal rapporto contrattuale”, en *Rivista Giurídica Umbro-Abbruzzese*, 1962, pág. 39) es aplicable solamente a los contratos de ejecución instantánea, porque no siendo concebible un iter de ejecución, ésta se produce en único acto, que señala el principio y el fin de la ejecución misma, de manera que el recedente no puede jamás extinguir una relación ya enteramente desenvuelta y agotada en sus efectos y en sus fines.

En esta línea de razonamiento y como se expresara *ut retro*, la especie contractual sometida a estudio consigna ya al momento mismo de su perfeccionamiento, la ejecución

(cumplimiento) total y satisfactoria de la única obligación emergente para el vendedor –la entrega de la cosa efectuada al máximo nivel posible, es decir, con transferencia irrestricta del dominio de las acciones– en favor del comprador, a quien, con irregularidad por haberse verificado la satisfacción de su crédito, se confiere la facultad de cesación unilateral, a ese momento ya jurídicamente vacía de función secundable y, por ende, nula.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre esta línea de pensamiento. Así, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.^{to} Turno por Sentencia N.º 105 del 11.5.83 estableció que “... en los contratos de ejecución continuada con plazo indeterminado rige como regla general el derecho de receso por cualquiera de las partes, en razón del principio de temporalidad del vínculo obligacional” (*Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIV, pág. 49). Y el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.^{er} Turno, falló en sentencia N.º 133 del 1.8.77 que “Como se trata de un contrato que impone obligaciones correspectivas, con un sinalagma económico y funcional muy claro –promesa de compraventa de un inmueble– no tiene entrada el desistimiento unilateral” (*Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. VIII, págs. 49-50).

23

Segundo. Causal jurídica. Porque no se pactó como derecho potestativo recíprocamente asignado a ambas partes contratantes.

Si la evidente falta de causa del negocio jurídico específico de desistimiento unilateral, por inexistencia absoluta de función a cumplir no fuera suficiente para concluir en la invalidez absoluta del pacto en examen, su nulidad absoluta resulta inevitable a poco de percibirse que el derecho potestativo de extinción unilateral no se confiere en la especie a todos los contrayentes. Ello constituye una manifiesta infracción de la regla de igualdad de atribuciones jurídicas –principio elemental sobre el cual se funda todo el Derecho de los Contratos y con existencia normativa imperativa verifica-

ble en los arts. 1.253 y 1.294 del Código civil, entre otros— por configurar en concreto una agresión a la norma que preceptivamente impone (y quita dispositividad a cualquier comportamiento en contrario) no dejar librado al arbitrio de una de las partes ni la validez ni la ejecución de la posibilidad alguna de existencia de función a cumplir por el negocio de desistimiento —inexistencia total, en la especie, de estado de sujeción continuada e indeterminada del cual sea preocupación clara liberar a la parte así constreñida—, circunstancia derivada del propio tipo contractual (de cambio y de ejecución no continuada) el pacto decae en todos sus términos anulándose por sí mismo. Expresado en otros términos y según afirmara el suscrito con anterioridad (en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIX, págs. 199 a 204, “Desistimiento unilateral. Análisis técnico ante hipótesis de conferimiento acumulativo en desequilibrio”, pág. 202 específicamente), al ser “... el de receso o desistimiento por declaración unilateral de voluntad un negocio jurídico en tanto reúne a su respecto las particularidades tipológicas que la doctrina civilista le atribuye a éste, vale decir, declaración intencional de voluntad tendiente a la producción de efectos secundados por el ordenamiento para su adecuada realización...”, resulta evidente que mal puede calificarse como tal a uno que en realidad no produce efectos secundados por el Derecho, desde que, a su vez, es cierto que el Derecho no proporciona secundamiento alguno a comportamientos que puedan, siquiera en forma tangencial, significar una elusión al cumplimiento de la obligación asumida: al no existir función típica a ejercer por el receso, el desistimiento unilateral significará de modo objetivo la inamparada posibilidad de incumplir respecto de quien por su parte ya ha cumplido, con el consiguiente ilegítimo perjuicio para éste.

Inclusive la doctrina civilista nacional y extranjera que admite la colocación de la facultad de desistirse de modo unilateral de un contrato de ejecución instantánea, exige inexorablemente que su ejecución se verifique en estricta com-

patibilidad con la denominada *res integra*: expresa Santiago CARNELLI (en *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, de JORGE GAMARRA, T. XIV, págs. 258 y 259) que “No en todos los contratos es posible que se ejercite la facultad de desistir de él, aun cuando tal autorización resulte de la convención misma, ni en cualquier momento de su vigencia. La doctrina ha distinguido en tal sentido, dos clases de contratos: los contratos de ejecución instantánea y los contratos de ejecución periódica. En los contratos de ejecución instantánea, como la compraventa, el recesso sólo puede hacerse valer hasta que el contrato comience a ejecutar, esto es, mientras no se haya cumplido siquiera en parte (RUBINO, Doménico, “Recesso e scioglimento retroattiva per dichiarazione unilaterale di volontà”. *Giurisprudenza completa de la Corte Suprema de Cassazione Civile*, 1949, T. III, pág. 247) cuando entre la conclusión y la ejecución del contrato haya un lapso de tiempo (*sic*) y ellos importen dos momentos y dos actos distintos entre sí y consecutivos, aunque no haya un iter que pueda ser fraccionado e interrumpido después de la conclusión y antes de la ejecución del contrato (FACCHIANO, Augusto, “In tema di recesso unilaterale dal contratto”, en *Giurisprudenza completa de la Corte Suprema de Cassazione Civile*, 1952, pág. 124)”.

“De tal manera se respeta”, dice FACCHIANO, “el contrato” (art. 1.253 C.c.).

Sobre este punto en concreto también se pronunció el suscrito en el trabajo antes referido, y *la cita que de seguido se señala textualmente se inserta como base argumental en el presente párrafo, sin perjuicio de su obvia validez para fundamentar también tanto lo consignado en el anterior como lo que se consignará por su orden en los sucesivos numerales*:

“Esta denominada regla de igualdad del poder contractual que con equivalencia mantiene recíprocamente a las partes del pacto en situación jurídica de insubordinación biunívoca (en sentido estricto, en tanto también puede decirse

sobre el punto que existe subordinación recíproca) –art. 1.253 del Código civil–, es la que está involucrada en la temática atingente al desistimiento unilateral, y el desarrollo conceptual de su significado determina la inviabilidad de un pacto por el que se confiera la potestad de hacer cesar en esos términos una relación obligacional salvo que ésta, no siendo de ejecución instantánea, se encuentre configurada básicamente por tres modalidades que es interés del autor calificar como elementales, a saber: que la extensión temporal de su ámbito de ejecución no esté limitada en absoluto (inexistencia de plazo) o lo esté relativamente (existencia de plazo incierto), ya que en dichas hipótesis de indeterminación prevalece sobre aquel principio el de la libertad jurídica de los intervinientes en un pacto que por su trama es en verdad fuente potencial de inquerida sujeción permanente, sólo enervable –por proceso de retroalimentación– a través de la legitimidad del desistimiento unilateral que, en esa perspectiva, es sustento instrumental de la libertad individual como bien jurídico a cuya tutela tiende el propio régimen del Derecho civil uruguayo –inclusive a través de claras normas constitucionales–, cuya existencia resulta ser, además y concomitantemente, consecuencia sistematizada de la escala de valores que contiene a aquél justamente como el preeminente o, *finalmente, que aun teniendo un límite definido que marque un indefectible final a la extensión temporal del ámbito de ejecución del haz obligacional, el recesso unilateral se mantenga fiel al principio de igualdad al considerar a todas las partes por igual (cualitativamente igual desde que la igualdad cuantitativa no alcanza a cumplir con los dictados emanados del principio en juego) o, aun cuando no se le otorgue a todas las partes se adjudique a los no titulares el derecho subjetivo de percibir arras o sanción por aquel o aquellos a los que sí se les confirió, nivelándose con ello por el propio consentimiento del que no es titular de la potestad la situación jurídica final por enervamiento de la desigualdad mediante composición económica no prohibida.*”

“Además de las hipótesis precedentemente referidas en las que el pacto de conferimiento del derecho de receso unilateral es lícito (casos en los cuales se advierte que son, por su orden, la modalidad particular de la relación jurídica –de ejecución no instantánea– y las singulares características de fidelidad al principio de igualdad de los contratantes que se guarda en las maneras que el derecho de extinción unilateral le confiere, las que aseguran la validez del mismo), la doctrina civilista en general admite como variante la licitud y por ende validez de una estipulación a través de la cual se confiere derecho de receso unilateral no a todos los contratantes, sino a alguno de ellos aun sin obligación de satisfacer pena alguna por su ejercicio siempre y cuando la oportunidad de dicho ejercicio esté absolutamente al margen de dependencia alguna de la voluntad del agente titular y sí, en cambio, (precedida, vocablo que falta en la publicación) por circunstancias exógenas, serias y preindividualizadas en el propio negocio atributivo de la potestad” (CAUMONT, Arturo, op. cit., págs. 202 y 203).

27

En el contrato objeto de examen aparece claramente estipulado el receso unilateral en favor de uno solo de los componentes personales del vínculo jurídico. Esa particularidad configura un manifiesto desequilibrio en el área de las potestades jurídico contractuales emanadas para cada parte a raíz del negocio, desequilibrio que contradice de modo radical la propia esencia definitoria del contrato como idea y como institución, que reconoce en la igualdad de atribuciones ya no sólo un principio rector de su sistema regulador, sino además un factor constitutivo del propio concepto, al extremo tal que sin igualdad de atribuciones es en verdad imposible calificar como contrato un acto celebrado sobre esa base invalidante. La protección obvia de tal sentido conceptual del contrato tiene su manifestación normativa en el artículo 1.253 C.c., regla prohibitiva de la cual dimana la nulidad absoluta de los actos que comporten su transgresión (art. 8 C.c.): es, en esta orientación, incuestionable que la

estipulación atributiva de facultad de extinguir el vínculo de modo unilateral confiere a uno de los contrayentes una facultad antijurídica desde que su ejercicio conduce a la posibilidad de eludir el cumplimiento de una obligación, configurándose así precisamente, lo que la mentada norma del artículo 1.253 C.c. tiene especial cuidado en prohibir, es decir, el libramiento de la suerte del contrato al arbitrio de una parte.

Tercero. Causal jurídica. Porque no se pactó con pago de multa penitencial o de arra penitencial.

Siempre sobre la base de que el mero hecho de haberse insertado el desistimiento unilateral en un contrato inapropiado, para permitir al instituto en examen el desarrollo natural de su propósito funcional, enerva todo viso de juridicidad y precipita la nulidad absoluta del pacto en concreto, igualmente debe subrayarse que es también fundamento de invalidez el hecho de que el desistimiento se estableció sin existencia de arra penitencial o imposición de multa penitencial que se predispusieran como factores tendientes a la conservación debida del negocio jurídico como pacto que liga a las partes, como la misma ley (colocando al titular de la facultad de desistir en situación obligada de optar entre perder o no perder una suma de dinero según fuera su actitud final de desligarse o no del vínculo obligacional) o a la justa reparación a aquel respecto de quien se produjera la desvinculación (reparación que de manera necesaria se corresponde con la entidad económica de la operación y de forma indiscutible se relaciona —a través del elemento causa— con la ventaja o provecho de los que se priva al co contratante a reparar, por quien finalmente ejerce la facultad de hacer cesar el ligamen jurídico). Este último extremo adquiere aún mayor relevancia argumental en el caso bajo examen en virtud de un dato real de incuestionable importancia, constituido por el hecho cierto de que el desistimiento unilateral se concedió en la especie como derecho potes-

tativo a un sujeto que tenía plazo cierto para cumplir con la única obligación a su cargo (de trascendente cuantía, además) respecto de otro que ya tenía cumplida por su parte la única obligación, de la cual era titular por el contrato que se la generó.

La inexistencia de cortapisa económica para extinguir unilateralmente el vínculo, califica aún más la situación dentro de los márgenes prohibidos por el artículo 1.253 C.c. en tanto significa la ausencia total de trabas a lo que precisamente coloca este artículo como insecundable factor volitivo, vale decir, el arbitrio —en el caso, absoluto, incontrolable, incondicionado— de una sola de las partes como instrumento de la fractura contractual. En este sentido, parece obvio subrayar que el Derecho civil de base patrimonial como el de los contratos, reconoce en general eficacia a la prestación económica —ora penitencial, ora de desistimiento— para servir de base a una ruptura obligacional en tanto es materia de privada disposición aquella atingente a la suerte del contrato como norma jurídica: y no hay contradicción interna en tal admisión, porque es valor entendido en Derecho civil que la colocación de una valla económica disuelve el arbitrio en tanto facultad ingobernada, puesto que condiciona su ejercicio a y con la pérdida económica que acarrea, desvirtuando así su propia esencia y alejando la situación de los márgenes dentro de los cuales impera la prohibición del artículo 1.253.

29

Cuarto. Causal jurídica. Porque no se subordinó su ejercicio a la verificación de acontecimientos preindividualizados que no resultaran ser consecuencia directa o indirecta del mero señorío volitivo del titular de la facultad de desistir.

El pacto en examen no contiene ningún elemento por el que pudiera intentarse alejarlo del ámbito de la prohibición del artículo 1.253 C.c., siendo en este sentido manifiesto que no existe cortapisa alguna al insecundado libre arbitrio de una de las partes para quebrar la relación contractual,

fractura que toda la doctrina es conteste en admitir siempre y cuando provenga no del poder absoluto e irrestricto del contratante a quien se le confirió la atribución extintiva, sino, por el contrario, de factores causales que a su vez reúnan en forma irreductible por lo menos estas tres características:

a) Que sean absolutamente exógenos a la pura voluntad del titular de la atribución de desistimiento, vale decir, objetivos;

b) Que se encuentren rigurosamente individualizados al momento del perfeccionamiento del negocio jurídico susceptible de hacerse cesar en forma unilateral; y

c) Que sean serios, esto es, que su acaecimiento signifique de modo objetivo descolocar al negocio y, a su través, a las partes que lo componen, de la situación de equilibrio jurídico ínsita en todo tipo contractual, descolocación cuya subsistencia, sólo entonces, dependerá –sobre la base de la valoración personal que el titular del desistimiento realice, mejor que ninguno, respecto de sus intereses– de la opción que éste realice desvinculándose o no.

De este modo, la ruptura contractual no puede lícitamente producirse si antes no se verificó el exógeno, preindividualizado y serio presupuesto de la alteración del equilibrio jurídico genético que constituye su causa eficiente, pero no suficiente, desde que recién a partir de la preindicada alteración es que se genera al titular de la facultad de desistir el derecho a ejercer su atribución.

Sobre el tema específico en desarrollo se trajo en el presente a colación, cita del trabajo del suscrito en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* (T. XIX, pág. 203), que corresponde ahora reiterar: "... la doctrina civilista en general admite como variante la licitud y por ende validez de una estipulación a través de la cual se confiere derecho de receso unilateral no a todos los contratantes sino a alguno de ellos aun sin obligación de satisfacer pena alguna por su ejercicio siempre y cuando la oportunidad de dicho ejercicio esté absolutamente al margen de dependencia alguna de la volun-

tad del agente titular y sí, en cambio (precedida, vocablo que falta en la publicación) por circunstancias exógenas, serias y preindividualizadas en el propio negocio atributivo de la potestad". También el prof. SANTIAGO CARNELLI participa de tal línea de pensamiento cuando en el *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* del prof. JORGE GAMARRA (T. XIV, pág. 249) expresa de modo textual: "Si la atribución del derecho a extinguir el contrato a una o a ambas partes del contrato, se deja librado a la libre voluntad de su titular, sea dejando expresamente a su voluntad el considerarse obligado (si quiere), sea sometiendo a su juicio o arbitrio (si lo considerase justo, conveniente, razonable), en cuanto importa la atribución de un poder absoluto o arbitrario a uno de los sujetos de la relación, que por destruir la igualdad jurídica de los contratantes está prohibida por el artículo 1.253, la cláusula que así lo establezca, al violar esta disposición prohibitiva de la ley apareja la nulidad de la estipulación. Por consiguiente, sólo en el caso que la atribución del derecho de receso esté simultáneamente reglada, de manera que su ejercicio se ajuste a motivos de hecho, serios y exteriormente apreciables que no dependan de un hecho voluntario del titular, será válido tal pacto porque no se atribuye un poder absoluto o arbitrario, sino por el contrario reglado, sometido a presupuestos de hechos ajenos a la voluntad del beneficiario, de manera que no colide con el principio de la igualdad jurídica de los contratantes (art. 1.253 C.c.)".

31

Por su parte, enseña el mismo argumento la doctrina civilista italiana entre cuyas figuras puede recordarse a EMILIO BETTI (*Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Rev. de Derecho Privado, T. II, Madrid, 1976, pág. 336), quien afirma que "la resolución unilateral de la relación contractual está subordinada, pues, al concurso justificante de una motivación prevista (arts. 1.612-1.613 C.c. italiano) o de una justa causa objetivamente controlable. La justa causa que se requiere como causa del acto unilateral (receptio) por el que se declara la voluntad de rescindir (licencia o denuncia),

para que sea idóneo a actuar su eficacia resolutoria de la relación contractual, es fundamento de un derecho potestativo de resolución, que está ligado a ciertos presupuestos u ordenado a ciertos fines de defensa del contratante: derecho que se ejerce con aquel acto”.

La singular importancia de la precedente enseñanza de EMILIO BETTI radica en la conexión que el profesor italiano establece entre la “justa causa objetivamente controlable” con la causa –como elemento esencial de validez– del acto unilateral de declaración de voluntad recepticia en ejercicio del derecho potestativo de extinguir unilateralmente la relación generada por el negocio jurídico atributivo de la facultad: la ausencia de justa causa o pretexto –exógeno, autónomo, objetivamente controlable y previamente determinado– significa también la falta de un requisito de validez –causa en tanto función jurídica del tipo de acto específico– que conlleva la nulidad absoluta de ese acto que de ella adolece.

32

En la especie bajo examen es realmente insusceptible de cuestionamiento alguno que la facultad de extinción unilateral conferida al comprador no reconoce la más mínima cortapisa –salvo aquella irrelevante para el tema en concreto, del conferimiento de un plazo– por la cual se insubordine del mero arbitrio la suerte del contrato, siendo ello suficiente por sí solo para concluir en su completa invalidez.

La jurisprudencia nacional ha hecho suyo este razonamiento. Así, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 13.^{er} Turno lo consignó en la sentencia N.º 61 del 29.2.84 al afirmar que “Es lícito el derecho de receso unilateral pactado por cuanto se ha hecho depender su ejercicio de circunstancias que no dependen enteramente de la voluntad de su titular...” (*Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XV, pág. 184). Y el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.^{er} Turno lo incluyó de modo expreso en su sentencia N.º 328 del 13.12.73 al expresar que “El pacto de receso unilateral del contrato es lícito cuando su ejercicio está condicionado a la existencia de supuestos de hechos serios y

exteriormente apreciables, individualizados en el contrato, de manera que el titular del recesso no puede desistir unilateralmente del contrato cuando quiera, o se le ocurra, sino cuando se presenta una de las circunstancias de hecho específicamente pactadas...” (*Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. IV, pág. 45).

Quinto. Causal jurídica. Porque se insertó en una relación obligacional permitiéndole a una de las partes desestimar su comportamiento obligado sin mediar justificación que encuentre específicamente su causa en incumplimiento actual o peligro de incumplimiento eventual del co contratante.

Esta causal jurídica de invalidez del pacto en examen se conecta de modo directo con el perfil intrínsecamente funcional de la potestad de extinción unilateral de los contratos, vinculando su propósito técnico jurídico con el extremo obligacional ocupado por el contratante respecto del cual el derecho potestativo se ejerce. Así, el objetivo funcional concreto en esta área reside en munir al titular de la atribución extintiva, de un instrumento con cuyo empleo puede defenderse en circunstancias determinadas –que guardan relación directa con las particulares características del contrato en el cual se inserta la atribución de desistir– del peligro actual o eventual producido por la falta de cooperación del co contratante en el cumplimiento de sus obligaciones y satisfacción de derechos, a lo que está compelido contractualmente.

Esta causal de invalidez se encuentra magistralmente apuntada por EMILIO BETTI líneas antes de la cita traída precedentemente a colación (BETTI, Emilio, *op. cit., loc. cit.*): “La resolución unilateral de la relación contractual puede explicarse por la autonomía privada, ya convencional (1.373 C.c. italiano), ya inherente a una relación con tiempo indeterminado, como medio normal de actuar la temporalidad de la relación, poniéndole un término, pero siempre con efecto actual, nunca retroactivo; y puede ser, además, un medio de defensa causal, cuya puesta en obra está vinculada, según su

destino, al riesgo probable de que desaparezca o disminuya la esperada cooperación...”.

Si se aplica este argumento a la especie en examen, resultará obvio concluir que no puede sostenerse validez alguna a su respecto desde que *ab origine* la situación contractual de marras presenta –como se expresara *ut retro* y de conformidad con la cláusula tercera del instrumento de fecha 9.12.87– el cumplimiento completo de la única obligación de la cual era titular la parte vendedora de las acciones, es decir, la entrega del objeto vendido, entrega que se verificó al nivel jurídico más intenso con que se puede dar en Derecho civil uruguayo, esto es, a nivel de transferencia plena e irrestricta no de la posesión sino de la propiedad, derecho real de cuya particularidad mayor no hay discrepancia alguna, todo lo cual se hizo por el modo tradición consentido a satisfacción irrevocable por el acreedor comprador. Sobre tal fundamento también resulta consecuencia inexorable concluir en la inexistencia total de riesgo –para ese acreedor comprador– de desaparición o disminución de la cooperación –del deudor vendedor– para cumplir con su débito y satisfacer el interés de aquél. Y no existiendo riesgo alguno de incumplimiento, decae también por este perfil la validez del medio defensivo, es decir, del pacto de conferimiento de la facultad extintiva unilateral.

Sexto. Causal jurídica. Porque el desistimiento unilateral no puede estar dirigido a los actos ya cumplidos por virtud del contrato.

Esta sexta causal jurídica de invalidez refiere a los efectos técnicos del ejercicio de derecho de receso respecto de los cuales es consenso unánime en doctrina que ninguno de ellos posee potencialidad retroactiva –clara nota diferencial con la resolución contractual y con la revocación, institutos con idoneidad repristinante de la situación al momento inmediatamente anterior al del perfeccionamiento del contrato–, en tanto, como afirma el prof. CARNELLI (*op. cit.*, pág. 260)

“el desistimiento es ejercicio de un derecho potestativo, que del lado activo importa la existencia para su titular de un poder, el que no se dirige hacia o contra el otro sujeto de la relación, ni a los actos por ellos cumplidos, sino sólo a la situación jurídica determinada por la relación, a la base genética del sinalagma, eliminando o extinguiendo el vínculo contractual”.

El corolario inmediato de este aserto indica que en la situación contractual bajo análisis, el ejercicio del derecho de receso conduce inevitablemente a la insecundada agresión del acto de cumplimiento ya practicado plena y satisfactoriamente por el vendedor respecto del comprador (quien por supuesto al aceptar también ejecuta por su parte) al momento del perfeccionamiento del contrato –transferencia del dominio del objeto contractual–, circunstancia imposible de compatibilizar con la esencia (ontología) del desistimiento. “El receso –sostiene CARNELLI (*op. cit., loc. cit.*)– comprende únicamente el retiro de los derechos conferidos o constituidos en la relación contractual, pero no las prestaciones ya cumplidas, efecto este último común a la revocación, a la anulación y a la resolución del contrato”, con lo cual, de aceptarse la validez del receso unilateral inserto en el contrato en examen, sus efectos no serán los propios sino los inherentes a tres situaciones jurídicas distintas, que ni tangencialmente pueden ser consideradas como verificables en la situación cuyo análisis se efectúa.

Por cierto, que la jurisprudencia ha hecho jugar este argumento sustantivamente. Obsérvese que con tal línea argumental básica opera la sentencia N.º 59 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º Turno dictada el 3.6.70, en la cual se establece que “Es legítimo estimar que, aún si se hubiera pactado el arrepentimiento, la ejecución parcial hace caducar la facultad de retractarse, ya que con ella el contratante ha manifestado tácitamente la voluntad de renunciar a la facultad de desistir” (*Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. I, pág. 101).

Este razonamiento es clave además para percibir que en la especie bajo examen hubo en realidad cumplimiento o ejecución por ambos contratantes (el deudor transfiriendo el dominio del objeto contractual y el acreedor aceptando y recibiendo en propiedad), por lo cual ya desde el mismo perfeccionamiento del negocio existió renuncia tácita al derecho de receso, abdicación cuya consecuencia manifiesta es desde toda perspectiva técnica la absoluta ausencia de poder de disposición de tal derecho de extinción por el titular: nacimiento -inválido, por lo que se refiere desde el principio- y muerte. Todo en un mismo instante.

36 Por su parte, ha sostenido el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 13.^{er} Turno el 29.3.84, en sentencia N.º 107 (*Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XV, pág. 184), que “El desistimiento unilateral tiene eficacia *ex nunc* (para el futuro) porque la voluntad creadora de la nueva situación jurídica no produce efectos sino desde el conocimiento por el o los destinatarios de la misma sin afectar los actos ya cumplidos o en curso de cumplimiento”.

Y desarrollando a fortiori el propio argumento en estudio, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 5.^{to} Turno, en sentencia N.º 150 del 1.6.83 (*Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIV, pág. 49) incluye un dato clave para la justa aprehensión cognoscitiva de la operación negocial bajo examen, indicando cuál es la consecuencia, no ya en cuanto a la afectación de las prestaciones ya consumadas obligacionalmente mediante ejecución, sino para quién ejerce el derecho de desistimiento cuando tenía a su vez plazo pendiente para cumplir por su parte con el haz obligacional del cual era sujeto pasivo: “En el momento que la demandada comunicó al actor su decisión de receso del contrato de arrendamiento de servicios, existía aún plazo pendiente, y por tanto, no podía legítimamente hacer uso de ese derecho de desistimiento unilateral y al hacerlo incumplió el contrato, aparejando con ello su responsabilidad”.

Séptimo. Causal jurídica. Porque se pactó en un contexto contractual interno combinado con el cual su ejercicio conlleva la ilegítima modificación del tipo negocial y de su función alterando la igualdad jurídica de sus partes en perjuicio de quien cumplió su obligación típica y principal.

El pacto de receso unilateral fue estipulado de modo que por efecto de su ejercicio se le convierte en medio formalmente habilitante para enervar por completo el álea económica ínsita en todo contrato, mutando al vendedor en un asegurador de inexistencia de pérdidas económicas para el comprador y haciendo del contrato, para aquél, uno jurídicamente aleatorio al transformar la equivalencia de las prestaciones en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, que puede no estar en absoluto desconectada del comportamiento económico del comprador como agente empresario, devenido tal por efecto directo del propio contrato por el que se le constituyó titular de las acciones con las que se gobierna la compañía cuyo capital las mismas componen, desvirtuación negocial que sólo puede enervarse por la nulidad inevitable del pacto de desistimiento cuya validez propiciaría su ejercicio con esas ilegítimas consecuencias.

37

En este sentido, no puede sostenerse la validez de una estipulación contractual que signifique, en definitiva, el toque de defunción del propio contrato en el cual se inserta y al cual presupone, existiendo en los términos tipológicos a partir de los cuales sus dos partes lo ejecutaron: el vendedor —no titular del derecho de receso— cumpliendo con su obligación; y el titular de ese derecho a desistir, aceptando ese cumplimiento y deviniendo titular del dominio respecto del objeto contractual que ingresó a su patrimonio.

Por otra parte, la nulidad de un pacto con esa virtualidad reafirma su base en el propio artículo 1.253 C.c. en el siguiente sentido: si hipotéticamente pudiera el comprador extinguir unilateralmente el contrato, y en consecuencia —también hipotética— restituir las acciones aun cuando las mismas tuviesen al momento restitutorio un menor valor o

representasen conceptualmente una participación en empresa deficitaria –según permite el texto de la cláusula cuarta–, resulta evidente que de su mero arbitrio depende *ab origine* tanto el cumplimiento del contrato como la propia suerte económica del vendedor –quien no recibió en absoluto el precio de la compraventa–, a quien se le regresarán valores en cuyo deterioro no tuvo participación ni posibilidad alguna de impedirlo desde que al cumplir por su parte con su obligación de entregar, se desvinculó jurídica y económicamente del gobierno y control de la empresa cuyas acciones enajenó.

Tal trastocamiento del propio contrato conmutativo en aleatorio sólo para el vendedor –desde que *ab origine* con el perfeccionamiento del contrato, tal como se pactó, la equivalencia era sólo para él una contingencia incierta de ganancia o pérdida (y no para el comprador que podía restituir las acciones cualquiera que fuese su valor)– está virtualmente establecido *in limine* contrato y se actúa por efecto técnico inevitable con el ejercicio del derecho de receso –como un gatillo letal–, consecuencia inadmisibles al conjuro del artículo 1.253 C.c. por cuya vía se prohíbe, también en este sentido, que la voluntad de un contratante determine la validez del negocio y la ejecución de las obligaciones y, corolariamente, habilite a su agente a no cumplir con la obligación de la que por su parte es titular, evadiendo toda responsabilidad jurídica y económica.

LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS

AURELIO DÍEZ GÓMEZ

Notario

39

SUMARIO: **I.** EL ESPECTÁCULO DEPORTIVO. **1.** La competición deportiva como espectáculo. **2.** El empresario deportivo. **3.** Mercantilización del espectáculo deportivo: el empresario colectivo. **4.** Las personas colectivas. **5.** La configuración como sociedades anónimas de los clubes deportivos: razones de su exigencia. **II.** LAS ASOCIACIONES DEPORTIVAS. **1.** Clubes deportivos básicos. **2.** Los clubes del artículo 18 LD. **III.** LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS. **1.** Clases de clubes deportivos. **2.** Legislación por la que se rigen las sociedades anónimas deportivas. **3.** Obligatoriedad de la forma de SAD. **4.** Denominación. **5.** Objeto social. **6.** Inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas y en el Registro Mercantil. **7.** Ventajas para los fundadores. **8.** Capital mínimo. **9.** Reducción del capital.

10. Desembolso. **11.** Fusión y absorción. **12.** Acciones.
13. Contenido de la escritura y de los estatutos. **IV.** So-
 cios. **1.** Quiénes pueden serlo. **2.** Limitación cuantitativa.
3. A qué derechos afecta. **4.** Unidad de decisión en per-
 sonas físicas. **5.** Unidad de decisión en personas jurídicas.
6. Personas vinculadas con la sociedad. **7.** Vínculos con
 entidades deportivas no SAD. **8.** Nulidad de la adquisición
 de acciones. **9.** Obligación de enajenar. **10.** Suspensión
 del derecho al voto. **11.** Proceder de las juntas generales.
V. TRANSMISIÓN DE LAS ACCIONES. **1.** Limitaciones. **2.** Re-
 quisitos. **VI.** ADMINISTRACIÓN. **1.** Número de miembros del
 consejo de administración. **2.** Prohibiciones. **3.** Fianza. **4.**
 Facultades del consejo de administración. **5.** Efectos. **6.**
 Responsabilidad. **7.** Impugnación de acuerdos. **VII.** ENA-
 JENACIÓN DE INSTALACIONES DEPORTIVAS. **1.** Tanteo y retrac-
 to: preferencia. **2.** Concepto de enajenación. **3.** Concepto
 de instalación deportiva. **4.** Contraprestación del retrayen-
 te. **5.** Trámites para el tanteo. **6.** Trámites para el re-
 tracto. **VIII.** CONTABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE-
 PORTIVAS. **1.** Ejercicio económico. **2.** Reglas. **IX.** RESERVA
 LEGAL. **X.** PRÉSTAMOS. **1.** Reglas legales. **2.** Concepto de
 préstamo. **3.** Reintegro. **4.** Determinación de beneficios.
XI. TRANSFORMACIÓN. **1.** Obligatoriedad. **2.** Adscripción
 de equipos profesionales. **3.** Efectos. **4.** Procedimiento. **5.**
 Derecho preferente de suscripción. **6.** Suscripción pública.
7. Suscripción por el club. **8.** Suscripción incompleta. **9.**
 Transformaciones ulteriores. **10.** Órganos.

I. El espectáculo deportivo

1. “El deporte, en sus múltiples y variadas manifestaciones, se ha convertido en nuestro tiempo en una de las actividades sociales con mayor arraigo y capacidad de movilización y convocatoria”. Así comienza el preámbulo de la Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990, cuyo objetivo fundamental es “regular el marco jurídico en que debe desenvolverse la práctica del deporte”. Y uno de los aspectos del fenómeno deportivo, que requiere un tratamiento específico, es, según el propio preámbulo, el espectáculo deportivo como actividad progresivamente mercantilizada.

Desde sus albores, el deporte ha tenido este matiz de espectáculo, pero hasta la aparición de los medios de comunicación de masas este aspecto ha sido de transcendencia menor. Hoy, sobre todo con el desarrollo de los medios audiovisuales, el espectáculo deportivo, y más concretamente el espectáculo de competición deportiva, ha pasado a ser, quizá, la principal fuente de noticias para los medios; una noticia que no se produce espontáneamente, sino que se programa con anticipación, lo que facilita grandemente su recogida.

2. La complejidad del espectáculo de competición deportiva, tanto mayor cuanto más amplio es su ámbito —nacional, continental, mundial—, hace necesaria la existencia del empresario, entendida esta palabra más allá de su sentido mercantil, como persona o entidad que acomete la organización del espectáculo. La finalidad del organizador no tiene por qué ser puramente mercantil, sino que puede perseguir otros objetivos, desde el altruista de promocionar el deporte hasta procurar a través del espectáculo un prestigio o una publicidad para un producto, una ciudad, un país.

Como en cualquier otra actividad, el que llamamos empresario deportivo —insistimos en que esta denominación debe

entenderse con independencia de su carácter mercantil— puede ser individual o colectivo, esto es, persona física o persona jurídica.

En la competición individualizada, es decir, en aquella en que los competidores son personas individuales, la actividad propia del empresario es organizar la competición, sea en un solo espectáculo, sea en un conjunto de ellos. Así organizar una velada de boxeo, un torneo de tenis, etc., es una actividad que puede ser apropiada para un empresario individual, sea un hombre de negocios o un simple mecenas o protector.

En cambio, en los deportes de conjunto el empresario es más necesario para la organización del competidor, para su creación y sostenimiento, que para organizar la competición en sí. Cuando el espectáculo alcanza una gran aceptación se llega a precisar grandes recursos. El empresario individual como sostenedor del competidor es prácticamente imposible; aparecen entonces las sociedades deportivas, cuyo objeto es precisamente la organización del competidor y no de la competición en sí, que queda para otros órganos, como las ligas profesionales, las federaciones o las entidades públicas.

3. Así llega la progresiva mercantilización de que habla el preámbulo de la Ley del Deporte. La calidad del espectáculo exige la plena dedicación del deportista que lo interpreta; la plena dedicación exige el profesionalismo. El espectáculo deportivo importante es hoy siempre profesional, aunque a veces trate de ocultarse pudorosa o hipócritamente. Si nos referimos al espectáculo deportivo cotidiano, dejando aparte determinados grandes espectáculos circunstanciales, como los Juegos Olímpicos, que tienen un aspecto público especial, sus empresarios son los clubes dedicados a ciertos deportes, entre los que destaca el fútbol. A éstos dedica la Ley del Deporte su Capítulo II.

La Ley no dice expresamente que los clubes han de ser personas colectivas, aunque el artículo 13 (1) emplea el plural al mencionar los integrantes de los clubes, pero un club individual es evidentemente incompatible con la regulación legal. Así el club deportivo elemental, que es la forma más simple de club, debe promoverse o fundarse por personas físicas –en plural– según el artículo 16,2 LD (2), aunque parece que una vez constituido podrá funcionar con una sola persona, su delegado o responsable, sin perder por ello su condición de asociación deportiva (3). Tratándose de clubes deportivos básicos –y no digamos de sociedades anónimas deportivas– la imposibilidad es aún más clara.

4. Las personas colectivas dotadas de personalidad jurídica pueden ser personalistas o patrimoniales; ejemplo de las segundas son las sociedades anónimas. Desde otro punto de vista, pueden tener o no una finalidad de lucro. Tradicionalmente las sociedades mercantiles se han caracterizado por su finalidad lucrativa, y no era concebible una sociedad anónima que no la tuviera, pero paulatinamente se ha impuesto el criterio formal, de modo que su carácter mercantil, en el sentido de estar sometida a la legislación mercantil y no a la civil, depende de la forma de constitución.

43

(1) “A los efectos de esta Ley se consideran Clubes deportivos las Asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas.”

(2) “Para la constitución de estos Clubes será suficiente que sus promotores o fundadores, siempre personas físicas, suscriban un documento privado en que figure, como mínimo, lo siguiente:

a) Nombre de los promotores o fundadores y del delegado o responsable, con sus datos de identificación.

b) Voluntad de constituir el Club, finalidad y nombre del mismo.

c) Un domicilio a efectos de notificaciones y relaciones con terceros.

d) El expreso sometimiento a las normas deportivas del Estado y, en su caso, a las que rigen la modalidad de la Federación respectiva.”

(3) “Todos los Clubes, cualquiera que sea su finalidad específica y la forma jurídica que adopten, deberán inscribirse en el correspondiente Registro de Asociaciones Deportivas.”

Siendo así, es claro que las entidades deportivas podrían adoptar la forma de sociedad mercantil, y más concretamente de sociedad anónima, pero también podrían configurarse como asociaciones de interés privado.

5. Hasta la plena efectividad de la Ley de 15 de octubre de 1990 los clubes deportivos han sido asociaciones. Hoy, con la excepción de la Disposición Adicional 7.^a de dicha Ley (4), los clubes profesionales han de adoptar la forma de sociedad anónima.

Fundamentalmente se ha cambiado una organización teóricamente democrática por una organización capitalista.

En los clubes antiguos el órgano supremo es la asamblea general, que se rige por el principio de un socio un voto, aunque pudiera haber algunas desviaciones tales como exigir cierta antigüedad para tener derecho a voto o la representación por compromisarios. Aunque es cierto que en la práctica el desinterés de gran parte de los socios daba lugar a que las decisiones fueran tomadas por un número reducido de ellos.

Ahora los clubes serán puramente capitalistas: la mayoría del capital determina la voluntad social independientemente de las personas que la posean. Si se permite la expresión, los socios de tribuna, a los que se les supone mayor capacidad económica y por tanto posibilidad de poseer más acciones, tendrán más votos que los de general.

(4) "Los Clubes que, a la entrada en vigor de la presente Ley, participen en competiciones oficiales de carácter profesional en la modalidad deportiva del fútbol, y que en las auditorías realizadas por encargo de la Liga de Fútbol Profesional, desde la temporada 1985-1986 hubiesen obtenido en todas ellas un saldo patrimonial neto de carácter positivo, podrán mantener su actual estructura jurídica, salvo acuerdo contrario de sus Asambleas..."

La Disposición Adicional Octava añade que "1. Las mismas reglas contenidas en la Disposición anterior serán aplicables a los Clubes que, a la entrada en vigor de la presente Ley, participen en competiciones oficiales de carácter profesional en la modalidad de baloncesto".

¿A qué se debe este criterio? El preámbulo lo dice expresamente: establecer un modelo de responsabilidad jurídica y económica para los clubes que desarrollan actividades de carácter profesional.

Desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial la explicación no es demasiado convincente. Por definición, los socios de la sociedad anónima no responden de las deudas sociales. La única diferencia con los componentes de una asociación es que aquéllos pueden perder su aportación y éstos solamente su cuota, entendiendo por pérdida el no recibir la contraprestación en servicios que esperaban. En cuanto a los administradores, tampoco los de la sociedad anónima tienen más responsabilidad que la que corresponde a cualquier administrador o mandatario (5). La agravación de responsabilidad que establece la Ley del Deporte (6) podría imponerse a los directivos de una asociación, que es lo que hace la Disposición adicional 7.^a con una dureza que tiene pocos precedentes (7).

45

La explicación tiene que ser otra.

Sin duda, se ha tratado de evitar el desinterés de los socios, que al no arriesgar su dinero piensan únicamente en supuestos éxitos deportivos prescindiendo de consideraciones económicas, lo que propicia la elección de dirigentes más o menos osados o irresponsables, que con frecuencia han llevado a los clubes a situaciones económicas de todos conocidas. Sin embargo, el pequeño accionista, incluso en sociedades con finalidad lucrativa, suele desentenderse de la marcha

(5) *Cfr.* artículo 133 LSA.

(6) *Vid.* más adelante.

(7) "4. Los miembros de las Juntas Directivas de estos Clubes responderán mancomunadamente de los resultados económicos negativos que se generen durante el período de su gestión. Tales resultados serán ajustados teniendo en cuenta las salvedades de las auditorías. El ejercicio económico comenzará el 1 de julio de cada año y terminará el 30 de junio siguiente. Antes de comenzar cada ejercicio, la Junta Directiva deberá depositar, a favor del Club y ante la Liga Profesional, aval bancario que garantice su responsabilidad y que alcance el quince por ciento del presupuesto de gastos..."

de la sociedad, permitiendo que baste una reducida participación en una sociedad para dominarla completamente mediante la delegación de voto o la abstención de aquéllos. No es previsible que el pequeño accionista de las sociedades deportivas esté lo suficientemente preocupado por el dividendo como para que tenga más en cuenta las consideraciones económicas que las ilusiones deportivas.

Más bien parece que el legislador prefiere que el dominio del club esté en manos de personas verdaderamente interesadas en el aspecto económico porque han arriesgado sumas de consideración. Es decir, que más vale que los clubes deportivos estén gobernados por financieros que por simples aficionados. Que funcionarán mejor con una organización aristocrática —que de hecho puede llegar a monárquica— que con una organización democrática, que tiende a convertirse en demagógica.

II. Las asociaciones deportivas

1. Entre las tres modalidades de clubes deportivos que prevé el Capítulo II de la Ley del Deporte figuran los clubes deportivos básicos.

La Ley no los define, pero los caracteriza por su forma de constitución y ciertas notas de su régimen jurídico. No cabe duda que su naturaleza es la de asociaciones privadas, por lo que deben entenderse sujetos a la legislación general de éstas, sin perjuicio de que tengan que cumplir las exigencias de la Ley del Deporte para adquirir la consideración de clubes deportivos, “a los efectos de ésta”, según dice el artículo 13 (8).

La constitución de un club deportivo básico debe hacerse por al menos cinco fundadores, mediante acta notarial —más bien escritura, puesto que contiene una declaración de

(8) *Vid.* nota (1).

voluntad negocial- en que éstos expresen su voluntad de constituir un club con exclusivo objeto deportivo. No hay reglas especiales de capacidad, por lo que ésta será la misma necesaria para constituir cualquier otra asociación. Combinando las normas que regulan las asociaciones con el texto literal del artículo 17 y con el artículo 16 (9) LD, parece indudable que los socios de un club deportivo básico pueden ser personas físicas o jurídicas.

(9) Artículo 17: "Para la constitución de un Club deportivo básico, sus fundadores deberán inscribir en el Registro correspondiente previsto en el artículo 15 el acta fundacional. El acta deberá ser otorgada ante notario al menos por cinco fundadores y recoger la voluntad de éstos de constituir un club con exclusivo objeto deportivo.

2. Asimismo presentarán sus Estatutos en los que deberá constar, como mínimo:
 - a) Denominación, objeto y domicilio del Club.
 - b) Requisitos y procedimiento de adquisición y pérdida de la condición de socios.
 - c) Derechos y deberes de los socios.
 - d) Órganos de gobierno y de representación y régimen de elección, que deberá ajustarse a los principios democráticos.
 - e) Régimen de responsabilidad de los directivos y de los socios en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. En cualquier caso los directivos responderán frente a los socios, el club o terceros por culpa o negligencia grave.
 - f) Régimen disciplinario.
 - g) Régimen económico-financiero y patrimonial.
 - h) Procedimiento de reforma de sus Estatutos.
 - i) Régimen de disolución y destino de sus bienes, que en todo caso se aplicarán a fines análogos de carácter deportivo."

Sería interesante determinar si estos clubes podrían prever en sus Estatutos -o a falta de previsión, si podrían acordar- su transformación en SAD. Si ganaren su derecho a participar en competiciones oficiales de carácter profesional, sin duda, por aplicación del artículo 19,1. En otro caso, es discutible si atribuir sus bienes a una sociedad mercantil, que aunque sea deportiva por su objeto puede repartir dividendos e incluso una cuota de disolución, si la acuerda, entre sus socios, es destinar sus bienes a fines análogos.

La otra modalidad la constituyen los clubes deportivos elementales:

Artículo 16: "1. La constitución de un Club deportivo elemental dará derecho a obtener un Certificado de Identidad Deportiva, en las condiciones y para los fines que reglamentariamente se determinen.

2. Para la constitución de estos clubes será suficiente que sus promotores o fundadores, siempre personas físicas, suscriban un documento privado en que figure, como mínimo, lo siguiente: ...".

Creemos que estos clubes no tienen personalidad jurídica independiente, pese a ser calificados de asociaciones, como lo demuestra que no tienen domicilio sino a efecto de notificaciones, y el responsable es una persona individual (art. 16 LD).

Junto con el acta constitutiva debe presentarse en el Registro de Asociaciones Deportivas los estatutos, que deben contener como mínimo las menciones previstas en el n.º 2 del artículo 17 LD (10). Tales estatutos no tienen que estar consignados necesariamente en escritura pública.

La reglamentación del Registro de Asociaciones Deportivas deberá regular el contenido posible de los estatutos, dentro, naturalmente, de los límites que establezcan las leyes. De manera especial tendrán que aclarar qué se entiende por “principios democráticos” para la elección de los órganos de gobierno y representación, y qué límites de responsabilidad máximos y mínimos asumen los directivos, además de los derivados de culpa o negligencia grave que, tal vez innecesariamente, les atribuye el apartado c) del n.º 2 del artículo 17 LD (11).

2. Además de los clubes deportivos básicos, el artículo 18 LD (12) prevé otra clase de clubes deportivos que no

(10) *Vid.* nota anterior.

(11) El principio democrático básico de un socio un voto, puede tener las modalidades que admiten las leyes reguladoras de otras entidades, como representación por compromisarios o de segundo grado, etc., y debe asegurar la soberanía de la junta o asamblea general en materia de nombramiento y destitución de administradores. La responsabilidad de éstos podrá agravarse o atenuarse, pero no al extremo de imponerles una responsabilidad objetiva o por caso fortuito, ni de hacerla prácticamente inexigible.

(12) “Las entidades públicas o privadas, dotadas de personalidad jurídica, o grupos existentes dentro de las mismas, que se hayan constituido de conformidad con la legislación correspondiente, podrán acceder al Registro de Asociaciones Deportivas, cuando desarrollen actividades deportivas de carácter accesorio en relación con su objeto principal.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, la entidad o grupo correspondiente deberá otorgar escritura pública ante notario en la que, además de las previsiones generales, se indique expresamente la voluntad de constituir un club deportivo, incluyendo lo siguiente:

- a) Estatutos o la parte de los mismos que acrediten su naturaleza jurídica o referencia a las normas legales que autoricen su constitución como grupo.
- b) Identificación del delegado o responsable del club.
- c) Sistema de representación de los deportistas.
- d) Régimen del presupuesto diferenciado.”

están comprendidos en la enumeración del artículo 14 (13). Se trata de las “entidades públicas o privadas dotadas de personalidad jurídica o grupos existentes dentro de las mismas, que se hayan constituido de conformidad con la legislación correspondiente... cuando desarrollen actividades deportivas de carácter accesorio en relación con su objeto principal”. No hay duda de que están comprendidas las empresas constituidas en forma de sociedad y entidades públicas que tengan personalidad jurídica independiente, como las universidades. Parece claro, también, que los empresarios individuales no pueden tener acceso al Registro de Asociaciones Deportivas, es decir, no pueden constituirse en estos especiales clubes del artículo 18,1 LD, porque sus empresas nunca pueden ser consideradas como “entidades”. En cambio, es mucho más dudosa que tampoco lo puedan hacer ciertos organismos públicos dotados de autonomía económica o funcional aunque carezcan de personalidad jurídica. Tal vez forzando un poco la interpretación del término “entidades” pudiera entenderse que un colegio o instituto público pueda actuar en el ámbito deportivo como una universidad o un colegio privado organizado como sociedad mercantil (14). Lo que en todo caso es imprescindible es que tengan un objeto principal no deportivo; por consiguiente, una sociedad anónima deportiva no puede constituir un club con arreglo al precepto que comentamos para la práctica de otra modalidad de deporte, aunque no se comprende bien por qué una sociedad futbolística no puede constituir una clase de club que puede constituir una sociedad constructora.

El artículo 18,1 LD siembra la duda cuando además de entidades se refiere también a “grupos existentes dentro de

(13) “Los clubes deportivos, en función de las circunstancias que señalan los artículos siguientes, se clasifican en:

- a) Clubes deportivos elementales.
- b) Clubes deportivos básicos.
- c) Sociedades Anónimas Deportivas.”

(14) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: *Sociedades Anónimas Deportivas*, ed. Comares, Granada, 1992, pág. 14, cree imprescindible la personalidad jurídica.

las mismas". Parece que se trata de secciones o departamentos, evidentemente sin personalidad independiente, que tengan una organización específica o cierta autonomía y estén dedicados a desarrollar actividades deportivas. Una duda es si para que el grupo pueda constituirse como club debe ya existir como tal grupo en el momento de la entrada en vigor de la Ley del Deporte, como parece exigirlo el texto literal del artículo 18, o podrá nacer en cualquier momento (15), como parecería más lógico.

50

En definitiva, estos clubes del artículo 18 LD y los clubes deportivos básicos del artículo 17 se diferencian en su modo de constituirse y funcionar. Aquéllos no precisan cinco o más fundadores, sino que nacen por la voluntad unilateral de la entidad que los constituye, o del grupo correspondiente, aunque en este último caso no será fácil calificar si el grupo tiene capacidad para constituir el club y a quién corresponde su representación. Lo más probable es que sea el propio órgano de representación de la entidad, con capacidad propia o completada, quien constituya el club; por eso mismo no se comprende bien por qué deba ser necesario que se justifique la existencia previa del grupo y no sea bastante la voluntad social debidamente expresada y representada. Los clubes del artículo 18 no tienen órganos de gobierno y dirección propios, aunque sí un delegado o responsable cuyas atribuciones, competencia y responsabilidad no están muy claras y parece que no tiene que ser democráticamente elegido, sino que puede ser designado por la entidad, aunque los deportistas deben estar representados, sin que se sepa cómo, dónde y para qué, ni aun qué se entiende por deportistas en esta clase de clubes (16), que

(15) V. gr., por un convenio colectivo entre la empresa y sus empleados.

(16) ¿Todos los miembros de la entidad, como practicantes del deporte en potencia? ¿Aquellos miembros, e incluso personas ajenas a la entidad a las que se invite o autorice a que se inscriban como deportistas del club? ¿Se puede llamar deportistas a los que no realizan una actividad deportiva, o sean meros auxiliares o colaboradores de tal actividad? Los representantes de los deportistas, ¿tienen algún

no pueden tenerlos profesionales. Finalmente añadiremos que el hecho de que el club tenga un presupuesto diferenciado no significa que su responsabilidad se circunscriba a éste, sino que alcanzará a todo el patrimonio de la entidad patrocinadora, porque creemos que estos clubes, a pesar de su inscripción en el Registro deportivo, no tienen personalidad jurídica propia.

Todo esto nos lleva a la duda de si los clubes del artículo 18 LD son clubes deportivos básicos o clubes elementales. Para lo primero les falta personalidad independiente —con su consiguiente denominación, domicilio y patrimonio propio— y la pluralidad de fundadores; para lo segundo, la pluralidad de fundadores, además de que no pueden ser promovidos por personas físicas. Lo más constructivo es considerarlos como una clase especial de clubes, pese a la enumeración que pretende ser exhaustiva del artículo 14, y aplicarles para su constitución y funcionamiento las reglas de unos y otros que parezcan más acordes con sus circunstancias.

51

III. Las sociedades anónimas deportivas

1. Recapitulando lo dicho hasta ahora, entendemos que existen cuatro clases de clubes deportivos: los clubes deportivos elementales, que carecen de personalidad jurídica; los clubes del artículo 18 LD, que forman parte de una persona jurídica sin serlo por sí, y tienen un patrimonio separado o de destino, y los club deportivos básicos y las sociedades anónimas deportivas, que tienen personalidad jurídica propia. Estas últimas constituyen el objeto principal de este comentario.

poder de decisión en determinados asuntos o son meros portadores de los deseos de los deportistas ante los órganos de la entidad?

2. Trataremos de hacer a continuación una breve exégesis de los artículos 19 a 27 de la Ley del Deporte, que constituyen el Derecho regulador de la materia en su aspecto privado, sin perjuicio, naturalmente, de las reglas generales de la legislación sobre sociedades anónimas que no estén exceptuadas por dicha Ley.

La Disposición Final Primera de la Ley del Deporte “autoriza al Gobierno para dictar, a propuesta del Ministerio de Educación y Ciencia, las disposiciones necesarias para el desarrollo de la presente Ley”. Por supuesto, este desarrollo tendrá que ser *secundum legem* o *preter legem*, pero nunca *contra legem*, es decir, no puede suponer una modificación del régimen legal de las sociedades anónimas deportivas determinado bien por la propia Ley del Deporte, bien por la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto al régimen general de éstas que no haya sido modificado por aquélla, en virtud del principio de jerarquía de las normas legales.

Este desarrollo se contiene en el Real Decreto 1084/1991 de 5 de julio, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 15 del mismo mes, que entró en vigor el día siguiente (DF2.^a), y cuya Disposición Final Primera, a su vez, autoriza al ministro de Educación y Ciencia para dictar cuantas normas sean necesarias para su desarrollo y aplicación, normas que también estarán sometidas al mismo principio de jerarquía frente a la Ley y el propio Decreto.

3. El artículo 19,1 de la Ley, reproducido en su primera parte por el artículo 1.º,1 del Real Decreto, dispone lo siguiente:

“Los Clubes, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, adoptarán la forma de Sociedad Anónima Deportiva a que se refiere la presente Ley. Dichas Sociedades Anónimas Deportivas quedarán sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades que se contienen en esta Ley y en sus normas de desarrollo.”

Este precepto constituye la base filosófica de toda la Ley: la solución al controvertido tema mediante la imposición de la forma mercantil anónima al empresario deportivo, una modalidad especial de sociedad anónima, con notables y no escasas desviaciones del régimen general, pero sociedad anónima al fin. Y cabe subrayar lo dicho antes: la prevalencia de la ley especial “y sus normas de desarrollo”, no es un cheque en blanco al legislador para que por medio de disposiciones de rango inferior pueda modificar en puntos no previstos la legislación de las anónimas aplicable a las sociedades deportivas.

La obligación de adoptar la forma anónima no es total: la Disposición Adicional séptima de la LD dispone que “Los Clubes que, a la entrada en vigor de la presente Ley, participen en competiciones oficiales de carácter profesional en la modalidad deportiva del fútbol, y que en las auditorías realizadas por encargo de la Liga de Fútbol Profesional, desde la temporada 1985-86 hubiesen obtenido en todas ellas un saldo patrimonial neto de carácter positivo, podrán mantener su actual estructura jurídica, salvo acuerdo contrario de sus Asambleas...” con las particularidades que se establecen. Del mismo modo, según la Disposición Adicional Octava, “Las mismas reglas contenidas en la Disposición anterior serán aplicables a los Clubes que, a la entrada en vigor de la presente Ley, participen en competiciones oficiales de carácter profesional en la modalidad de baloncesto”. Esta excepción es potestativa para la sociedad de que se trate, quien podrá adoptar la forma anónima en cualquier momento futuro.

La duda de qué podría entenderse por competición oficial de carácter profesional y ámbito estatal (17), las resuelve

(17) El artículo 46,2 dice: “Son competiciones oficiales de ámbito estatal aquellas que así se califiquen por la correspondiente Federación deportiva española, salvo las de carácter profesional cuya calificación corresponderá al Consejo Superior de Deportes.

la Disposición Adicional 5.^a del RD mediante una enumeración concreta: primera y segunda división A de fútbol y primera división masculina de baloncesto denominada Liga ACB. Esta enumeración se refiere a las actualmente existentes, pero no cierra la puerta a la posibilidad de que en lo sucesivo se cree otra competición, que si está regulada con carácter de oficial y profesional por la entidad correspondiente –Federación o Liga Profesional– y tiene ámbito estatal, estará también comprendida en la norma que obliga a la adopción de la forma social que nos ocupa como requisito previo a la participación en la misma.

El club que incumpla esta obligación no por ello desaparece, pero no podrá participar en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, quedando además excluidos del plan de saneamiento. La exclusión se refiere a cualquier competición con tales características, sea actual o futura, pero curiosamente no afectaría a una competición profesional no estatal, por ejemplo de ámbito autonómico, ni incluso a una competición superestatal –continental, mundial, etc.– si sus normas permitieran participar a clubes no intervinientes en las competiciones de su propio país.

El artículo 19,1 LD no sólo se refiere a clubes, sino también a sus equipos profesionales. No está completamente claro qué debe entenderse por tal. En sentido vulgar, se entiende por equipo el conjunto de deportistas que participa en un momento determinado en un encuentro, o, más ampliamente, el conjunto de deportistas –“plantilla”– que puede participar en las competiciones. Como sería absurdo que los deportistas de un club pudieran constituirse en sociedad,

Los criterios para la calificación de las competiciones oficiales de ámbito estatal podrán ser establecidos en las disposiciones de desarrollo de la presente Ley o, de acuerdo con ellas, en los Estatutos federativos correspondientes.

Serán criterios para la calificación de las competiciones oficiales de ámbito estatal, entre otros, la existencia de vínculos laborales entre Clubes y deportistas y la importancia y dimensión económica de la competición.

La denominación de competición oficial de ámbito estatal queda reservada, a todos los efectos, para las reguladas en el presente Título.”

y sería redundante equiparar equipo a club, parece indudable que el precepto se refiere a lo que la Disposición Adicional 9.^a llama con más acierto secciones deportivas profesionales. Parece aceptable la opinión de ROIG SERRANO (18) de que la adscripción al nuevo club puede ser tanto de los recursos humanos y materiales de la sección deportiva profesional correspondiente como de los de la sección deportiva de que se trate, profesional y no profesional, dada la íntima relación que puede haber entre parte profesional y parte no profesional de una misma actividad, que puede llegar a que algunos deportistas no profesionales participen, más o menos esporádicamente, en una competición profesional.

4. Artículo 19,2: “En la denominación social de estas sociedades se incluirá la abreviatura ‘SAD’”.

El texto categórico del precepto parece impedir que en lugar de la abreviatura se emplee la expresión completa “Sociedad Anónima Deportiva”, a menos que de manera redundante se añadiera la abreviatura, lo que contrasta con el criterio del Reglamento del Registro mercantil (19). Cuando la sociedad proceda de la transformación de un club ya existente la denominación tiene que ser necesariamente la preexistente, añadiéndose la abreviatura SAD (20). Cuando lo que constituya en sociedad anónima sea la sección profesional de un club, debería aplicarse la misma solución por imperativo del n.º 2 de la Disposición Adicional 9.^a (21), aunque en este caso habrá un club y una sociedad anónima con la misma denominación. Y lo que es peor, si son varias

55

(18) *Transformación de Clubes de Fútbol y Baloncesto en Sociedades Anónimas Deportivas*, ed. Civitas, 1992, pág. 106.

(19) Artículo 116,1. *Vid.* SELVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 105 y ss.

(20) Disposición Transitoria Primera 2.g), que de manera poco comprensible dice que “Los Clubes que se transformen al amparo de lo previsto anteriormente, mantendrán su denominación actual, a la que se añadirá la abreviatura ‘Sociedad Anónima Deportiva’ (SAD)”.

(21) *Vid.* más adelante.

las secciones profesionales que se convierten en sociedad anónima resultará que van a existir varias sociedades con idéntica denominación (22).

¿Hasta qué punto la denominación de la nueva sociedad ha de ser idéntica a la del club de que procede? Si tiene que ser absolutamente igual, la sociedad conservará la denominación de la naturaleza anterior, por ejemplo Club Deportivo, Club de Fútbol, etc. Incluso puede ocurrir que la sociedad que se dedique a una manifestación deportiva determinada deba tener una denominación indicadora de otra, por motivos históricos, por ejemplo, dedicarse al fútbol y denominarse Club Gimnástico o Sociedad Ciclista SAD. Aún hay más: la sociedad en que se transforme la sección de baloncesto de, por ejemplo, el Real Madrid C. de F. tendría que denominarse "Real Madrid Club de Fútbol SAD". Por estas razones estimamos que debe prevalecer una interpretación amplia en virtud de la cual sea suficiente que la sociedad creada tenga como denominación la del club de procedencia, prescindiendo de las palabras que lo califican y pudiéndose añadir las que especifiquen su actividad deportiva.

Es posible que exista una sociedad anónima no deportiva que tenga la misma denominación que un club deportivo, por ejemplo, si aquélla se hubiera constituido para de alguna manera ayudar o financiar al club. En tal caso, la certificación del Registro de Sociedades, necesaria para constituir una sociedad anónima deportiva lo mismo que para cualquier otra sociedad anónima, impediría la inscripción de la deportiva en el Registro Mercantil. Hay, pues, una evidente antinomia entre la Ley del Deporte y el artículo 372 del Reglamento del Registro Mercantil. Debe prevalecer la primera por su rango superior, porque es posterior en el

(22) A menos que se añada a la denominación anterior la mención de la modalidad deportiva de que se trate: Club Gimnástico X, sección de Fútbol SAD, Sevilla C. de F., sección de baloncesto SAD, etc. Opina SELVA SÁNCHEZ, *Sociedades Anónimas Deportivas*, CRP y M, 1992, pág. 109, que la aplicación analógica del artículo 373 RRM resuelve el problema.

tiempo y porque admitir la excepción, cuando se trata de un tipo de sociedades tan especial como las deportivas, no perjudica la finalidad que persigue el legislador cuando trata de evitar la confusión entre empresas tal vez competidoras, que es el motivo que ha determinado la prohibición de fundar sociedades con denominación igual o análoga a otra preexistente. Así lo ha reconocido el parrafo 2.º del artículo 5,1 del RD (23).

5. Artículo 19,3: “Las Sociedades Anónimas Deportivas tendrán como objeto social la participación en competiciones deportivas de carácter profesional y, en su caso, la promoción y el desarrollo de actividades deportivas, así como otras actividades relacionadas o derivadas de dicha práctica”.

Aunque no se diga expresamente, está sobreentendido que la participación en competiciones deportivas profesionales ha de ser el objeto exclusivo de la sociedad, con las matizaciones que veremos. El precepto está pensando en el espectáculo, es decir, en la competición pública, que sería difícil imaginar gratuita para el espectador.

La participación en competiciones profesionales debe ser un objeto potencial, un propósito, pero no una condición necesaria. No parece lógico exigir que un club tenga ya derecho a participar en una competición profesional para que pueda constituirse en SAD, aunque en lo inmediato parece probable que sólo los clubes que puedan hacerlo adopten esta forma; pero en lo sucesivo no parece que haya obstáculo para que se constituya una sociedad deportiva en forma anónima con el propósito de llegar a intervenir en una determinada competición profesional, ganándose el derecho a hacerlo a través de otra competición inferior no profesional. El artículo 19 LD obliga a determinados clubes a adop-

(23) “A efectos de identidad, no obstante lo establecido en el artículo 372 del Reglamento del Registro Mercantil, las Sociedades Anónimas Deportivas podrán mantener su denominación anterior.”

tar forma de sociedad anónima, pero no impide a otros que lo hagan. Por otro lado, la pérdida de categoría deportiva con descenso a otra no profesional o cualquier otro motivo por el que un club deje de participar en competiciones profesionales, no se ha configurado como causa de disolución de la SAD. La exigencia de que en los estatutos figure como objeto primordial de la sociedad deportiva puede ser en algún caso una declaración platónica o una mera fórmula legal.

El artículo 46 de la Ley del Deporte aclara que se entiende por competición oficial, de ámbito estatal y profesional: las que así se califiquen por el Consejo Superior de Deportes (24). Si las competiciones de ámbito estatal no son de carácter profesional, su calificación como oficiales es competencia de la correspondiente federación deportiva española. La ley no fija criterios para la calificación, sino que se remite a las disposiciones que la desarrollen o a las normas que establezcan los estatutos federativos correspondientes, de acuerdo con aquéllas, pero sí indica como criterios a tener en cuenta la existencia de vínculos laborales entre clubes y deportistas y la dimensión económica de la competición.

La mención como objeto social de la promoción y el desarrollo de actividades deportivas, así como de otras actividades derivadas o relacionadas con ellas es potestativa, pero no añade nada a la capacidad de la sociedad, que es evidente que, con tal mención o sin ella, podrá tener sus secciones juveniles, infantiles o de aficionados, escuelas deportivas, instalaciones para socios, etc.

Nada exige que las actividades deportivas accesorias sean de la misma modalidad que la profesional principal. En primer lugar porque en los estatutos sociales no tiene por qué especificarse cual sea ésta, aunque una vez que la sociedad llegue a participar una competición oficial profesional de de-

(24) *Vid. supra* nota (17) y texto a que se refiere.

terminada modalidad no podrá hacerlo en otra distinta mientras no deje de hacerlo en aquélla (25). Y sobre todo porque el artículo 26,3 prevé expresamente que una sociedad anónima deportiva cuente con varias secciones deportivas, expresión que debe entenderse como modalidad deportiva (26).

6. Artículo 20,1: La inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas y en la federación respectiva es previa a la inscripción en el Registro Mercantil, sin la cual la sociedad no adquiere personalidad jurídica. El artículo 5.º del RD regula el trámite para la inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas correspondiente (27) y en el Registro Mercantil.

(25) Artículo 19,4: "Las Sociedades Anónimas Deportivas sólo podrán participar en competiciones oficiales profesionales de una sola modalidad deportiva."

(26) "Si las Sociedades Anónimas Deportivas cuentan con varias secciones deportivas, llevarán una contabilidad especial y separada para cada una de aquéllas, con independencia de su consolidación en un balance general."

A conclusiones análogas llega SELVA SÁNCHEZ *—op. cit.*, págs. 109 y ss.— aunque calificando de exclusivo el objeto principal.

(27) "1. Las Sociedades Anónimas Deportivas deberán inscribirse, conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley del Deporte, en el Registro de Asociaciones Deportivas correspondiente en la Federación respectiva. La certificación de inscripción, expedida por el Registro de Asociaciones Deportivas deberá acompañar la solicitud de inscripción de las mismas en el Registro Mercantil.

.....

2. A los efectos de inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas los fundadores, o en su caso la Junta Directiva del club transformado, deberán presentar copia autorizada de la escritura de constitución acompañada de instancia con los datos de identificación, en el Consejo Superior de Deportes. Desde ese momento quedará interrumpido el plazo de dos meses a que se refiere el artículo 17,2 de la Ley de Sociedades Anónimas, volviéndose a computar dicho plazo, una vez obtenida la inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas.

3. La autorización de la inscripción y su formalización como único acto en el Registro de Asociaciones Deportivas corresponderá a la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes, quien podrá recabar el informe de la Liga Profesional, y, en caso de modalidades en que no exista, de la federación deportiva española correspondiente, quienes lo emitirán en el plazo de quince días desde su solicitud por el Consejo Superior de Deportes. La Comisión Directiva verificará la adecuación de la escritura al ordenamiento jurídico, a los efectos de su inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas.

4. La resolución de la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes sobre la inscripción se producirá en el plazo de un mes contado a partir de la pre-

El mencionado precepto de la LD se limita a decir que “Las Sociedades Anónimas Deportivas deberán inscribirse, conforme a lo que señala el artículo 15 de la presente Ley, en el Registro de Asociaciones correspondiente y en la Federación respectiva. La certificación de inscripción expedida por el Registro de Asociaciones deberá acompañar a la solicitud de inscripción de las mismas en el Registro Mercantil”. Pero el desarrollo que hace el Decreto va más lejos. Por ejemplo, dispone que el plazo de dos meses a que se refiere el artículo 17,2 LSA (28) quede interrumpido por la presentación de la escritura de constitución acompañada por la correspondiente instancia en el Consejo Superior de Deportes, lo cual es justo y razonable, pero parece dudoso que pueda hacerlo un decreto.

Más importante es lo que dispone el artículo 5.º,3 RD. Conforme al mismo, la calificación de la escritura de consti-

sentación por la Sociedad Anónima Deportiva en formación de la documentación señalada anteriormente. Dicho plazo quedará suspendido en el caso de que se solicite alguna subsanación o información complementaria, volviéndose a computar el mismo desde el momento en que se haya obtenido lo solicitado. El plazo para la subsanación o información complementaria será de diez días, presumiéndose el desistimiento si en tal plazo no se hubiera proporcionado.

Si la resolución denegara expresamente la autorización de la inscripción deberá incluir en la misma los motivos de dicha denegación. Contra ésta podrán interponerse los recursos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

5. Una vez practicada la inscripción se expedirá por el Registro de Asociaciones Deportivas la correspondiente certificación.”

El artículo 15 de la Ley del Deporte, en sus dos primeros números, dice lo siguiente:

“1. Todos los Clubes, cualquiera que sea su finalidad específica y la forma jurídica que adopten, deberán inscribirse en el correspondiente Registro de Asociaciones Deportivas.

2. El reconocimiento a efectos deportivos de un club se acreditará mediante la certificación de la inscripción a que se refiere el apartado anterior.”

Ya hemos dicho que, a nuestro juicio, los clubes deportivos elementales no son objeto de inscripción constitutiva en el Registro de Asociaciones Deportivas, aunque de alguna manera deban tener acceso a éste para obtener el Certificado de Identidad Deportiva.

(28) “Los fundadores y administradores deberán presentar a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social la escritura de constitución en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su otorgamiento y responderán solidariamente de los danos y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación.”

tución de la sociedad, que ello significa verificar su adecuación al ordenamiento jurídico, la hace la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes; es cierto que a efectos de su inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas, pero como esta inscripción es *conditio sine qua non* para la inscripción en el Registro Mercantil, resulta que la interpretación que haga éste sobre un precepto de la propia Ley de Sociedades Anónimas puede impedir que el registrador mercantil haga su propia calificación. El recurso contra la denegación de aquella inscripción es el que corresponde conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo, sin que tampoco tenga ocasión de intervenir la Dirección General de los Registros. Esta calificación administrativa no excluye la registral. Si pese a la aprobación por la Comisión y subsiguiente inscripción en el registro deportivo, el registrador mercantil deniega la que debe hacerse en sus libros, la sociedad deportiva no llegará a nacer con todas las consecuencias que ello comporta.

61

El Real Decreto no prevé plazo para cancelar la inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas cuando la sociedad no haya llegado a nacer por falta de inscripción en el Registro Mercantil, sea por denegación de la misma no recurrida o con recurso denegado, o por desistimiento u omisión de los interesados. Habrá que aplicar la legislación reguladora de dicho registro, así como también para hacer constar en él la inscripción mercantil que llegue a verificarse.

La doble calificación plantea un problema difícil. CAZORLA PRIETO *-op. cit.*, pág. 161- opina que la autorización o no de la inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas es acuerdo administrativo, aunque cargado de sentido jurídico, que debe limitarse a velar por el ordenamiento jurídico-deportivo, aun reconociendo que no es fácil deslindar qué es jurídico-deportivo y qué es jurídico-mercantil; pero lo cierto es que no dan pie a esta distinción ni la LD ni el RD. Éste ha arrojado alguna luz, a juicio de GÓMEZ-FERRER SAPIÑA *-op. cit.*, pág. 85-, pues entiende que al decir

“a los efectos de su inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas” limita la calificación a las disposiciones de la LD y normas que la desarrollan. No nos convence esta afirmación. ¿Podría la comisión directiva del CDS aprobar la inscripción de una SAD cuyos estatutos violaran cualquier norma de la Ley de Sociedades Anónimas que le sea aplicable, por ejemplo, si su capital fuera inferior al mínimo legal? Parece pues, como dice SELVA SÁNCHEZ —*op. cit.*, pág. 91— que hay dos calificaciones y ambas deben ser superadas para el nacimiento de la SAD, por lo que, sin duda, era preferible el criterio del Proyecto, que exigía la previa inscripción en el Mercantil para su acceso al Registro deportivo.

62

7. Artículo 20,2. Este precepto (29) prohíbe la aplicación a la sociedad anónima deportiva de lo previsto en los artículos 9.º,m) y 11 de la Ley de Sociedades Anónimas. El artículo 7.º del Real Decreto de 15 de julio de 1991 reitera dicha disposición, aclarando que la prohibición no comprende las menciones honoríficas que la sociedad acuerde conceder a los fundadores o promotores (30).

8. Artículo 21.1. Los criterios para la fijación del capital mínimo de las sociedades anónimas deportivas, que en ningún caso podrá ser inferior al establecido en la Ley de Sociedades Anónimas (31), se determinarán reglamentariamente.

(29) “Los fundadores de las Sociedades Anónimas Deportivas no podrán reservarse ventajas o remuneraciones de ningún tipo.”

(30) “Cualquiera que sea el procedimiento de constitución, los fundadores y promotores de las Sociedades Anónimas Deportivas no podrán reservarse ventajas o remuneraciones de cualquier tipo, salvo las menciones honoríficas que la Sociedad Anónima Deportiva acuerde otorgarles.” Incluso parece que tales menciones honoríficas tiene que concederlas la sociedad después de constituida, y por tanto no podrían figurar en los estatutos o en la escritura fundacional.

(31) Artículo 4.º: “El capital social no podrá ser inferior a diez millones de pesetas y se expresará precisamente en esta moneda”.

Así lo hace el artículo 3.º del Real Decreto, que tras reiterar en su número 1 que en ningún caso el capital de la SAD podrá ser inferior al establecido en la LSA –es decir, a diez millones de pesetas–, dicta en su número 2 una serie de reglas.

En cuanto a las SAD que participen en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, en la modalidad de fútbol, su capital mínimo será el 50 por 100 de la media de gastos realizados en los tres últimos ejercicios, incluidas amortizaciones, y según los datos derivados de los informes anuales de auditoría correspondientes, añadiéndose los saldos patrimoniales netos negativos reflejados en el informe de auditoría a 30 de junio de 1991 –si bien con exclusión de las deudas asumidas por la Liga Profesional en el plan de saneamiento– si se trata de sociedades que participan actualmente en dichas competiciones. Si no participan actualmente, es decir, en el momento de la entrada en vigor de la disposición, sino que lo van a hacer por primera vez (32), el capital mínimo será el 25 por 100 de media de los gastos, incluidas amortizaciones, realizados durante la temporada anterior por todos los clubes que participen en tales competiciones. De donde se deduce que mientras no participe en competiciones profesionales, cualquier club puede adoptar la forma de sociedad anónima deportiva con el capital que tenga a bien, siempre dentro del mínimo fijado por la LSA y sin perjuicio de que le sean aplicables las normas que rigen la SAD.

La cifra del capital mínimo para cada sociedad es fijada por la Comisión Mixta prevista en la Disposición Transitoria 1.ª de la LD (33).

(32) El párrafo quinto del número 2 de este artículo 3.º se refiere a las sociedades anónimas deportivas que participen por primera vez en competiciones oficiales de carácter profesional, pero no añade que sean de ámbito estatal.

(33) El apartado a) del número 2 dice que su composición se determinará reglamentariamente. Así lo ha hecho la Disposición Adicional sexta del Real Decreto: “1. La composición de la Comisión mixta a que se refiere la disposición transitoria primera 2 de la Ley del Deporte, para la modalidad de fútbol, es la siguiente:

Las anteriores reglas son aplicables a la modalidad de baloncesto, con la única particularidad de que el porcentaje para la fijación del capital mínimo en las sociedades que ya participan en competiciones oficiales será del 35 en vez del 50. En cuanto a las demás modalidades deportivas que sean reconocidas y calificadas como competiciones profesionales por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes, el porcentaje se fijará entre un 30 y un 70 por ciento.

9. El párrafo cuarto del número 2 del artículo 3 del RD, al ordenar que “el capital nunca podrá ser inferior al 50 por 100 del fijado en el momento de la transformación o adscripción” puede dar lugar a ciertas dudas.

Según el artículo 260,1,4.º de la LSA, la disminución del patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital es causa de disolución, a menos que éste se aumente —con las consiguientes aportaciones que incrementen el patrimonio— o se reduzca en la medida suficiente. Esta disposición es aplicable a las sociedades deportivas, y en la práctica puede ser la causa de que desaparezcan algunas, pero, conforme al artículo 262 de la LSA, la disolución tiene que ser acordada por la junta general o decretada judicialmente a petición de algún socio o de los administradores. No parece que haya términos legales que permitan solicitar la disolución a la Liga Profesional o a la autoridad deportiva,

64

Un presidente designado por el Consejo Superior de Deportes.

Tres vocales designados por el Consejo Superior de Deportes.

Tres vocales designados por la Liga Nacional de Fútbol Profesional.

2. La composición de la citada Comisión Mixta, para la modalidad deportiva de baloncesto, será la misma que para la modalidad deportiva de fútbol se expresa en el punto anterior, entendiéndose que la referencia a la Liga Profesional lo es a la Asociación de Clubes de Baloncesto.

3. Ambas comisiones incluirán entre sus miembros, con voz pero sin voto, un representante del Instituto de Contabilidad y Auditorías de Cuentas, y una persona designada por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.

4. Las Comisiones Mixtas ajustarán su funcionamiento a las normas que sobre los órganos colegiados se contienen en la vigente Ley de Procedimiento Administrativo.”

pero si lo que quiere decir el artículo 3,2,4.º RD, empleando incorrectamente la palabra capital en lugar de patrimonio, es que la pérdida de éste en más de la mitad da lugar a la disolución de la sociedad, la diferencia con las sociedades anónimas comunes sería que en éstas tal pérdida es sólo causa para pedir la disolución, mientras que en las deportiva opera como causa de disolución *ope legis*.

No creemos correcta esta interpretación, y no sólo porque la palabra capital tiene un significado inequívoco, que no cabe suponer que ignore el legislador, sino porque supondría una modificación de la LSA introducida, no por otra ley, sino por un real decreto. Así pues, como el capital mínimo de las sociedades constituidas por transformación o adscripción nunca puede ser inferior a su mínimo legal, fijado conforme al artículo 3 RD, no sólo no podrá reducirse por debajo de esta cifra —lo que sería causa de disolución según el artículo 260,5.º LSA—, sino que tampoco podría reducirse por debajo del 50 por ciento de aquél por el que se constituyó, aunque éste haya sido más del doble del mínimo legal, limitación que no alcanza a las sociedades anónimas deportivas constituidas *ex novo* (34). Únicamente esta interpretación salva al artículo 3,2,4.º RD de una completa inutilidad, pues si por capital fijado en el momento de la transformación o adscripción entendemos el fijado por la Ley, es decir, el mínimo, claro está que no puede reducirse ni en más del 50 por ciento ni en ninguna otra medida.

65

10. Artículo 21,1: “El capital mínimo de las Sociedades Anónimas Deportivas habrá de desembolsarse totalmente y mediante aportaciones dinerarias.”

Que el capital suscrito en cualquier sociedad debe desembolsarse totalmente, antes o después, es obvio. El pre-

(34) P. ej.: una sociedad transformada cuyo capital mínimo legal fuese de 15 millones de pesetas, si hubiera sido constituida por 40 millones, no podría reducirlo a menos de 20 millones. No así la constituida *ex novo*.

cepto debe significar, pues, que el desembolso debe ser inmediato, sin que quepa hablar de dividendos pasivos en cuanto a la parte del capital que no exceda del mínimo legal. El precepto no distingue entre capital inicial y capital resultante de una ampliación, de modo que si ésta llegara a producirse por la necesidad de alcanzar el capital mínimo—supuesta una modificación legal futura del mismo—, el desembolso tendría que ser inmediato. Pero si la sociedad se constituye con un capital superior al mínimo, le será aplicable la reglamentación general de las sociedades anónimas, si bien la parte del capital cuyo desembolso se aplaza nunca podrá superar la diferencia entre el capital escriturado y el mínimo legal.

66

El desembolso ha de hacerse mediante aportaciones dinerarias. No está permitida ninguna otra, ni aportación *in natura*, ni créditos, ni mucho menos la compensación de créditos que el aportante tenga contra la sociedad. Esta limitación se refiere también a la cifra del capital que corresponda al mínimo legal, y por tanto lo que exceda puede ser suscrito y desembolsado conforme a la Ley de Sociedades Anónimas. En el caso de que se aporten créditos del aportante contra la entidad, tales créditos deberán figurar en el informe de auditoría a 30 de junio de 1991 que sirve de base a la fijación del capital mínimo. De no ser así, es evidente que la entidad no los reconoce y por tanto no pueden ser admitidos como aportación, sin perjuicio de que el acreedor pueda reclamarlos por la vía correspondiente, en cuyo caso, y sin perjuicio de la responsabilidad a que pueda haber lugar, parece que habría que proceder a la revisión del proceso constituyente con capital mínimo que resultara obligatorio y su consiguiente desembolso en metálico.

11. La exigencia de la aportación en metálico hay que cohonestarla con la posibilidad de fusiones o absorciones. Estas posibilidades no están excluidas por la LD, por lo que las normas de la legislación común de SA deben ser de

aplicación. En caso de fusión, la nueva sociedad resultante deberá tener un capital mínimo desembolsado en metálico que tendrá que ser fijado conforme a las reglas del artículo 3.º del RD de 15 de julio de 1991, que no distingue causa de nacimiento de la sociedad, lo cual significa que habría que desembolsar en metálico el capital mínimo que se le fijara, independientemente de la aportación *in natura* que supone la transmisión del patrimonio de las sociedades fusionadas. Por el contrario, en caso de absorción, como no nace una nueva sociedad, la sociedad absorbente, que ya habrá visto suscribir su capital mínimo con aportaciones dinerarias, podrá admitir como pago de las nuevas acciones emitidas las de la sociedad absorbida, es decir, al patrimonio de ésta.

12. El artículo 6.º,2 del RD dispone que “Las acciones de las Sociedades Anónimas Deportivas serán nominativas, de la misma clase e igual valor. El valor nominal de las acciones en el momento de la constitución en ningún caso podrá ser superior a 10.000 pesetas”. Desarrolla así el artículo 21,3 de la Ley que establece idéntica limitación, añadiendo que “reglamentariamente se fijará su valor nominal máximo”.

El fundamento de estas limitaciones es clarísimo. La existencia de limitaciones legales a la tenencia de acciones exige que sea conocido su titular; la preferencia para los socios de los clubes que deben transformarse en sociedades anónimas para la adquisición de acciones, y aun la conveniencia de popularizar lo más posible el acceso a las mismas, exigen que su valor inicial sea bajo. Pero curiosamente este límite máximo no rige más que en el momento de la constitución, de donde parecería deducirse que puede obviarse a través de una modificación de estatutos, conclusión absurda a todas luces. No es posible, en cambio, emitir acciones de más de 10.000 pesetas en caso de ampliación, puesto que lo impide la exigencia de que las nuevas acciones sean de la misma clase y valor que las preexistentes. En cambio, no

está prohibido que las acciones se emitan por un valor superior al nominal, es decir, con prima, aunque semejante cosa parece muy poco probable que pueda ocurrir en una sociedad deportiva.

13. El artículo 8.º del RD señala el contenido que deben tener la escritura de constitución y los estatutos (35), recogiendo lo que impone la legislación aplicable.

IV. Socios

1. Al inclinarse el legislador por la forma capitalista de la sociedad anónima para la organización de los clubes deportivos, ha tratado de idear medios que eviten que el poder social quede en manos de personas o entidades que por cualquier circunstancia, su nacionalidad, su dedicación a la misma actividad o cualquier otra, puedan tener intereses incluso opuestos a los de la entidad. Para ello el artículo 22 LD establece límites a la adquisición de las acciones de la SAD (36).

(35) "El contenido de la escritura de constitución y estatutos de las Sociedades Anónimas Deportivas deberá recoger, además de las expresiones obligatorias mencionadas en la legislación de Sociedades Anónimas, los siguientes extremos:

a) Identificación de los socios fundadores, que podrán ser tanto personas físicas como jurídicas.

b) La aportación de cada socio, indicando el título en que lo haga y el número de acciones recibidas en pago, acreditando de éstas las que corresponden al capital mínimo.

c) La denominación de la Sociedad Anónima Deportiva, que, para las provenientes de la transformación de clubes o de la adscripción del equipo profesional del mismo, será la misma que éstos ostentaban, añadiéndose la expresión 'Sociedad Anónima Deportiva'.

d) Se podrán, además, incluir en la escritura todos los pactos lícitos y condiciones especiales que los fundadores juzguen convenientes, siempre que no se opongan a lo dispuesto en la Ley del Deporte y legislación general sobre Sociedades Anónimas, en la presente disposición y en sus disposiciones complementarias."

(36) "1. Sólo podrán ser accionistas de las Sociedades Anónimas Deportivas las personas físicas de nacionalidad española, las personas jurídicas públicas, las Cajas de Ahorro y Entidades españolas de naturaleza y fines análogos, o sociedades en

La regla general es que cualquier persona de nacionalidad española, sea natural o jurídica, puede ser accionista. No pueden serlo los extranjeros ni las personas jurídicas que aunque tengan nacionalidad española estén participadas en más de un veinticinco por ciento por extranjeros. Quizá innecesariamente el precepto cita entre las entidades que pueden ser accionistas las Cajas de Ahorro y entidades de naturaleza y fines análogos.

La excepción se refiere a las sociedades cuyos miembros, por razón de su naturaleza, no estén totalmente identificados, es decir, las sociedades con acciones al portador, tanto si lo son todas como si lo fueran las que representaran parte del haber social, como en las sociedades comanditarias. La excepción se comprende si tenemos en cuenta que, como veremos a continuación, la ley contiene normas para impedir la concentración de poder en persona determinada.

69

cuyo capital la participación extranjera no sobrepase el veinticinco por ciento, y cuyos miembros, en razón de las normas por las que se rigen, estén totalmente identificados.

2. Ninguna persona física o jurídica de las señaladas en el apartado anterior podrá poseer acciones en proporción superior al uno por ciento del capital, de forma simultánea, en dos o más Sociedades Anónimas Deportivas que participen en la misma competición.

Para calcular el límite previsto en el párrafo anterior se computarán las acciones poseídas directamente por el titular y las que lo sean por otra u otras personas o entidades que constituyan con aquél una unidad de decisión.

3. Aquellas personas físicas sujetas a una relación de dependencia con una Sociedad Anónima Deportiva, ya sea en virtud de un vínculo laboral, profesional o de cualquier otra índole, no podrán poseer acciones de otra sociedad que participe en la misma competición que excedan de la proporción prevista en el apartado anterior.

4. En el supuesto previsto en el apartado segundo, hasta el momento de la enajenación, sólo podrá ejercerse el derecho de voto en la entidad por la que libremente haya optado el titular. Dicha opción deberá comunicarse necesariamente y previamente a los clubes y a la Liga Profesional correspondiente.

5. Las Juntas Generales de Accionistas de las Sociedades Anónimas Deportivas no reconocerán el ejercicio de los derechos políticos a quienes adquieran acciones de la misma, incumpliendo lo previsto en el presente artículo.

6. Los Estatutos de las Sociedades Anónimas Deportivas no podrán contener ninguna otra limitación a la libre transmisibilidad de las acciones."

2. La limitación cuantitativa consiste en que ninguna persona puede poseer acciones en proporción superior al uno por ciento del capital, de forma simultánea, en dos o más sociedades anónimas deportivas que participen en la misma competición. No queda totalmente claro qué debe entenderse por la misma competición, pero teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 (37) parece que debe ser la organizada por una misma federación o, en su caso, por la Liga Profesional correspondiente (38).

Para calcular el límite previsto se computarán no sólo las acciones poseídas directamente por el propio titular, sino las que lo sean por otras personas o entidades que constituyan con aquél una unidad de decisión. La ley ha querido evitar que se recurra al fácil expediente del testamento, y lo hace mediante una norma de nada sencilla interpretación.

3. En primer término, es claro que lo que preocupa al legislador es el derecho al voto, no los derechos económicos de la acción. Por tanto, lo que no puede superar una misma persona es la titularidad de derechos con voto sobre acciones que representen porcentaje mayor del permitido. Concretamente, la nuda propiedad, puesto que el derecho al voto corresponde, salvo estipulación estatutaria en contrario, al nudo propietario —artículo 67,1 LSA—. No hay inconveniente en que una sola persona posea el usufructo de mayor número de acciones (39).

(37) “1. Las Federaciones Deportivas españolas, bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, ejercerán las siguientes funciones:

a) Calificar y organizar, en su caso, las actividades y competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal.

.....

(38) Artículo 44,4: “Son competencia de las Ligas profesionales, además de las que pueda delegarles la Federación deportiva española correspondiente, las siguientes:

a) Organizar sus propias competiciones, en coordinación con la respectiva Federación deportiva española...

(39) Salvo que haya previsión estatutaria que le atribuyera el voto, previsión que no está prohibida para las SAD.

4. Lo más difícil será saber cuándo hay unidad de decisión. El párrafo 2.º del artículo 9.º,1 del RD no resuelve gran cosa al decir que existe cuando de la naturaleza de los vínculos que relacionan al titular con otras personas o entidades, se deduzca razonablemente que las decisiones puedan tomarse o se toman en común.

Parece claro que este vínculo existe entre el tutor y su pupilo. También entre el padre o madre titular único de la patria potestad y su hijo, y, aunque sea más dudoso, entre uno de los padres cotitulares de la patria potestad y el hijo –salvo, quizá, que éste conviviera sólo con el padre no socio–. Entre el apoderado general de una persona y su poderdante también hay un vínculo que permite que una sola voluntad decida sobre las acciones de ambos, pero no así cuando se trate de apoderado especial, puesto que al ser preciso un apoderamiento para cada junta –que es donde se ejerce el poder político del socio– conforme al artículo 106,2 LSA, no puede hablarse de riesgo de toma en común de acuerdos.

El párrafo 3.º del artículo 9.º,1 del Real Decreto dice que “se presumirá, salvo prueba en contrario, que los vínculos personales, entre otros, se entienden referidos al cónyuge o persona con quien se halle ligado por análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes por cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”. No es fácil saber qué significa prueba en contrario. En el caso de matrimonio, podría suponerse que la existencia de un régimen de separación de bienes demostraría que las decisiones económicas de cada cónyuge son autónomas –por lo menos si el régimen de separación es paccionado, no impuesto por la ley aunque sea como supletorio–, pero entonces no habría razón para no entender lo mismo cuando se trate de acciones privativas de los cónyuges aun dentro del sistema de gananciales. Fuera de este caso, la presunción de que hay decisión común entre parientes debería quedar desmentida por su sola afirmación de que actúan con independen-

cia unos de otros. ¿Cómo, si no, podrían demostrarlo? Y no digamos nada de las relaciones de convivencia “análogas” al matrimonio. Es difícil de imaginar un procedimiento civil en que se suscitara la existencia o no de tal vínculo. Y menos mal si se estima que, por lo menos, la “analogía” exige que se trate de personas de distinto sexo.

Se comprende la preocupación del legislador por evitar que en una sociedad deportiva se introduzcan “submarinos” de otra competidora; que las personas que rijan un club poderoso puedan dominar otro modesto adquiriendo, por sí o por testaferros, un determinado número de acciones, pero la solución no parece demasiado acertada. No sólo se habla de decisiones que se tomen en común, sino de que puedan tomarse en común, cosa que, evidentemente, siempre pueden hacer dos personas sin más vínculos que la amistad o la mutua confianza. Y después de enumerar *ad exemplum* ciertos vínculos admite que pueden existir otros. ¿Cuáles serían éstos? Pensemos en la amistad íntima, el ser socios de una misma empresa, la relación maestro-alumno, la dependencia laboral o doméstica o económica, etc.

Por otro lado, hasta la constitucionalidad del precepto sería discutible. Imaginemos que una persona posee el máximo de acciones de dos sociedades deportivas permitido por la ley y un pariente del grado previsto adquiere otras acciones. ¿Quedaría el primero afectado en sus derechos? No parece permitirlo el principio *res inter alios acta*. ¿Será que el pariente no podrá adquirir las acciones? Difícilmente se puede admitir que un ciudadano vea limitados sus derechos porque otros tengan o dejen de tener ciertos bienes.

5. Los titulares de acciones pueden ser personas jurídicas. El párrafo 4.º del artículo 9.º,1 RD dice que “Igualmente, se entiende que el vínculo entre entidades existirá cuando una de ellas posea al menos una participación del 20 por 100 en el capital social, incluyendo la autocartera”. Cabe duda de si la presunción es *iuris et de iure*, es decir,

que no admite prueba en contrario y equivale a una prohibición legal, como se deduciría de la expresión “se entiende”, o es una presunción *iuris tantum*, porque el adverbio “igualmente” con que comienza el párrafo significa que debe aplicarse el mismo criterio del párrafo anterior, que permite la prueba en contrario.

Pero además de este caso de titularidad de acciones, hay otros en los que puede suponerse que hay unidad de decisión. Si el administrador único de ambas sociedades es la misma persona, si lo son todos los componentes de los consejos de administración, o una mayoría de los mismos suficiente para tomar decisiones. O cuando una sola persona, física o jurídica, posea acciones en dos o más sociedades en número suficiente para ostentar la mayoría –y más si es cualificada– en las juntas generales. ¿Y si las sociedades tienen un mismo apoderado general? Es muy de temer que todas estas reglas que tratan de evitar la dominación indirecta de una sociedad deportiva por otra caigan en desuso o se conviertan en un semillero de reclamaciones y pleitos para impugnar la validez de acuerdos sociales.

73

6. Finalmente, el artículo 22,3 LD dispone que “aquellas personas físicas sujetas a una relación de dependencia con una Sociedad Anónima Deportiva, ya sea en virtud de vínculo laboral, profesional o de cualquier otra índole, no podrán poseer acciones de otra Sociedad Anónima Deportiva que participe en la misma competición que excedan de la proporción prevista en el apartado anterior”. El artículo 9.º,2 del Real Decreto reproduce esta norma con alguna variante de redacción, especialmente concretar que la proporción aludida es el 1 por 100.

Todo lo dicho anteriormente es aplicable a esta clase de relación, incluso la vaguedad de la disposición. ¿Cuáles pueden ser esos vínculos que no sean de índole laboral o profesional? Es dudoso que lo sean los meramente deportivos, como pertenecer a una plantilla no profesional. No deben

serlo los de índole familiar con personas vinculadas laboral o profesionalmente con la sociedad, porque las prohibiciones no pueden extenderse por analogía, y en este caso no hay vínculo con la sociedad, sino con un vinculado a la sociedad, con lo que la norma puede ser eludida mediante un testamento tan obvio como el propio cónyuge. Incluso va a resultar muy difícil precisar cuándo hay un vínculo laboral o profesional, puesto que parece indudable que deberá tener una cierta permanencia, de modo que no se tendrá en consideración la prestación, por ejemplo, de servicios esporádicos. No será, en cambio, preciso que haya subordinación, ya que ésta se da en el vínculo laboral pero no en el profesional. Literalmente, un directivo, incluso el máximo mandatario, de una sociedad no tiene "dependencia" de ésta, si no actúa como profesional, por lo que, si el número de acciones de la sociedad que gobierna que posea no lo impide, podría adquirir las de otra sociedad sin límite. Semejante absurdo sólo se evitará entendiendo que "dependencia" significa relación que implique interés.

7. Cabe por último señalar que la prohibición afecta a las personas que tengan relación con una sociedad anónima deportiva, no con un club o sociedad deportiva de otra naturaleza. Con lo que resulta que quien tenga relación de dependencia, o incluso sea directivo del Real Madrid, C. de F., u otro de los clubes que no están obligados a constituirse en sociedad anónima, no estará afecto a la limitación.

8. La adquisición de acciones por personas que no puedan ser socios, por ejemplo, extranjeros, es nula. Esta afirmación no será tan rotunda estando en vigor la libre circulación de capitales para los miembros de la Comunidad Económica Europea, conforme a la Directiva 88/361, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado. Es de prever que se dicten las disposiciones internas que pongan de acuerdo la Ley del Deporte con nuestras

obligaciones comunitarias, incluso en el improbable supuesto de que se llegara a interpretar que la inversión en sociedades deportivas es una de las excepciones que permite la Directiva citada. De no ser así, habrá que entender derogada la prohibición, y por consecuencia será válida la adquisición de acciones por una persona física o jurídica súbdita de cualquier país de la CEE en los mismos supuestos en que lo es para un español (40).

Por el contrario, la adquisición de acciones más allá de los límites permitidos por la ley no es nula, aunque tiene otras consecuencias:

9. Obligación de enajenar las acciones que sobrepasen el número permitido. Literalmente, el n.º 4 del artículo 22 LD sólo impone esta obligación a las personas a que se refiere el n.º 3, es decir, a las que tengan relación de dependencia con otra sociedad anónima deportiva. Sin embargo, parece lógico entender que esta obligación afecta también a las personas a que se refiere el n.º 2, esto es, las que por sí solas o junto con sus allegados superen al límite legal (41). Éstas son las razones que abonan tal criterio:

El propio n.º 4 del artículo 22 se refiere a la superación de límites, cuando en el n.º 3 a que se refiere no se habla

75

(40) En este sentido, SELVA SÁNCHEZ *-op. cit.*, pág. 122- y FUERTES LÓPEZ *-Asociaciones y Sociedades Deportivas*, Universidad de León, 1992, pág. 61-, que llega a dudar si será inconstitucional la discriminación de cualquier extranjero.

La Ley no prevé qué ocurrirá cuando la incapacidad es sobrevenida, pérdida de la nacionalidad española por el socio, entrada de capital extranjero por encima del límite previsto en la sociedad poseedora de las acciones, transformación de ésta en sociedad impersonal, etc. No caben muchas dudas de que habrá pérdida, o al menos suspensión de derechos políticos, singularmente el de voto; no así de los derechos económicos, al menos el derecho al dividendo, que deberá conservar, aunque también parece lógico que quede incurso en la obligación de enajenar sus acciones, que aunque no expresamente para este supuesto, prevé la Ley.

(41) Éste parece ser el criterio interpretativo que resplandece en el artículo 9.º,1 del Real Decreto, que dice que ningún accionista podrá poseer acciones en la proporción dicha, lo que se evita enajenándolas. Ésta es la opinión de CAZORLA *-Las Sociedades Anónimas Deportivas*, pág. 185-.

de límites, sino de prohibición de poseer acciones, cualquiera que sea su número. Por tanto, el apartado precedente que cita, sería el 2, no el 3. Pero entonces, el n.º 3 implicaría una prohibición absoluta de adquirir acciones, con la consecuencia de la nulidad radical del acto de enajenación. Esta interpretación tendría apoyo en el párrafo segundo del apartado 4, que al suspender el derecho al voto en el supuesto previsto “en el apartado 2.º hasta el momento de la enajenación” y no decir qué pasa con el derecho al voto en el caso del n.º 3, parece pensar que en este caso no hay derecho a voto porque no hay tenencia legítima de acciones. Pero esta solución sería admisible respecto de la adquisición de acciones por una persona que, en el momento de adquirirlas, tuviera ya la relación de que se trate con la sociedad, pero no respecto de las acciones legítimamente adquiridas cuando tal relación no existe y posteriormente se establece entre el socio y la sociedad. Sería absurdo entender que entonces el socio ya relacionado con la sociedad podría conservar sus acciones. Parece, pues, lógico concluir que desde el momento que se establezca la relación personal con la sociedad surge para el socio la obligación de enajenar todas sus acciones —puesto que todas exceden del límite legal— de la misma manera que en caso del número 2.

La ley no prevé qué ocurrirá si antes de transcurrir el plazo para la enajenación se restablece la situación legal, por ejemplo, porque cese la relación de dependencia del socio con la sociedad o porque desaparezca el vínculo entre dos socios que suponía una unidad de decisión. Parece lógico pensar que a partir de ese momento cesa la obligación de enajenar.

Cuando el obligado a enajenar es una persona determinada, por ejemplo el vinculado con la sociedad o quien por sí solo sobrepase el límite de acciones permitido, no hay problema; pero cuando la obligación de enajenar surge porque dos o más personas ligadas entre sí superan ese límite entre todas, ¿cuál de ellas debe vender? Puede haber acuer-

do, aunque la decisión podría ser un tanto sospechosa si, por haber unidad de decisión, una persona decide qué se vende, si sus acciones o las de su dependiente; pero si no lo hay, faltan absolutamente criterios legales, de modo que cualquiera que se adoptase como solución –vender las acciones últimamente adquiridas, las del titular que posea mayor número, hacerlo *proporcionalmente*, obligar a vender primero las del que tenga el poder de decisión– sería arbitrario.

10. Según el artículo 22,4, párrafo 2.º LD, “en el supuesto previsto en el apartado segundo, hasta el momento de la enajenación, sólo podrá ejercerse el derecho de voto en la entidad por la que libremente haya optado el titular. Dicha opción deberá comunicarla el mismo titular necesaria y previamente a las Sociedades Anónimas Deportivas afectadas y a la Liga Profesional correspondiente”. Literalmente, resulta que la falta de notificación a las sociedades y a la Liga Profesional impedirá al titular afectado ejercer su derecho a voto en ninguna de las sociedades. Parece que el socio tendrá que optar por una sociedad de manera absoluta, y no podrá renunciar al voto correspondiente a algunas acciones, ni de una de las sociedades ni de una y otra, en la medida necesaria para no sobrepasar el límite, para ejercerlo respecto a las demás. Como hemos dicho, opinamos que la suspensión del derecho a voto afecta también al titular que adquiere con la sociedad un vínculo que le obligue a la enajenación de las acciones, mientras ésta se produce.

Cuando la superación del límite permitido resulta de la posesión de acciones por dos –o más– personas vinculadas entre sí, es difícil saber quién tiene el derecho de opción mencionado. Si el vínculo es anterior a la adquisición que determina que se sobrepase el límite, parece que el que realice esta adquisición quedará excluido de la opción, la cual corresponderá al otro. Naturalmente, si éste posee sólo acciones de una de las sociedades, conservará su derecho al voto, pero no tendrá nada a qué optar. Será la otra perso-

na vinculada con él, aquélla cuya adquisición determinó el exceso, quien quedará privado de voto, aunque sea dudoso si del correspondiente a las nuevas acciones adquiridas o a todas, si antes ya poseyera otras de la misma sociedad. Si la persona que no ha adquirido acciones las tenía de dos sociedades y podía votar en ambas porque no excedía el límite legal, se ve en la circunstancia de que sobrepasa éste a consecuencia de que un allegado ha hecho determinada adquisición, parece, con arreglo a la ley, que debería optar por el derecho a voto en una u otra sociedad. Pero, ¿puede admitirse que una persona vea disminuidos sus derechos por el acto de un tercero?

78

Más difícil es saber qué ocurre cuando el vínculo aparece después de la adquisición de las acciones. Por ejemplo, dos socios que separadamente no excedían del límite legal, pero cuyas acciones sumadas lo sobrepasan, contraen matrimonio entre sí. ¿A quién corresponde la facultad de optar? Es arbitraria cualquier solución que se adopte: al que tenga mayor número de acciones —¿en una de las sociedades? ¿sumadas las de todas?—; al que las haya adquirido después —¿cualesquiera? ¿la mayoría? ¿las que hayan determinado el exceso?—; a ninguno de los dos mientras no se pongan de acuerdo. Tal vez esta última sería la solución más justa, equiparando el caso a un supuesto de comunidad.

11. “Las Juntas Generales de accionistas de las Sociedades Anónimas Deportivas no reconocerán el ejercicio de los derechos políticos a quienes adquieran acciones de la misma incumpliendo lo previsto en el presente artículo” (arts. 22,5 LD y 9.º,5 RD.) Si la junta tiene noticia de la adquisición, está claro lo que debe hacer, aunque su decisión pueda ser discutida ulteriormente; si no la tiene, por ejemplo, porque desconoce el vínculo, el acuerdo tomado con el voto de quien no tenía derecho a votar será impugnabile en los supuestos legales. Pero el precepto habla de “quienes adquieran acciones” y no de quienes ya las tengan y luego hayan

adquirido un vínculo que determine la suspensión del derecho. No obstante, creemos que las juntas deben proceder del mismo modo, puesto que hay una causa legal de privación del derecho.

V. Transmisión de las acciones

1. El artículo 22,6 de la Ley del Deporte dice que “Los Estatutos de las Sociedades Anónimas Deportivas no podrán contener ninguna otra limitación a la libre transmisibilidad de las acciones”, prohibición que repite, en términos casi idénticos, el artículo 10,1 RD.

Las limitaciones a que se refieren ambos preceptos no son propiamente tales, sino las reglas que tratan de evitar la influencia de una misma voluntad en dos o más sociedades competidoras, que son las que acabamos de comentar, las cuales, como hemos visto, obligan a la venta o suspenden los derechos políticos, pero no impiden la adquisición de acciones. Ésta es válida –salvo la intentada por personas físicas o jurídicas a quienes se niega de modo absoluto la capacidad para ser socios de una SAD– sin perjuicio de las consecuencias que tenga para el comprador. El transmitente no tiene que averiguar si aquél incurre en las prohibiciones legales, y para él la transmisión produce todos sus efectos.

79

2. La verdadera limitación a la transmisibilidad de las acciones –en cuanto limita la forma de hacerla– es la que contiene el número 2 del artículo 10 del Real Decreto:

“2. La transmisión de acciones estará sujeta a los siguientes requisitos:

a) Notificación fehaciente a la sociedad por el transmitente o adquirente de la transmisión, con especificación de la identificación, número de acciones que se transmiten y, en su caso, serie y demás condiciones que libremente hayan establecido.

b) Declaración expresa por escrito por el nuevo accionista de no hallarse comprendido en alguno de los supuestos del artículo anterior.”

El apartado a), de redacción no muy eufónica ni demasiado precisa, se refiere a toda transmisión, *inter vivos* o *mortis causa*, y exige detalles identificativos suficientes de las partes, título de transmisión y sus circunstancias más importantes, como precio, y especificación de las acciones. La inexactitud de los datos, sin perjuicio de otras consecuencias, no debe producir la nulidad de la transmisión.

La declaración ordenada por el apartado b), que puede ser por cualquier medio, siempre que pueda probarse, deberá hacerse también a la sociedad, y se supone que mientras no se produzca ésta no reconocerá como socio al adquirente.

80 Además, y según el número 3 del mismo artículo, “Todos los actos o negocios jurídicos de los accionistas de una Sociedad Anónima Deportiva que supongan disposición *inter vivos* o gravamen de las acciones de ésta, deberán ser puestos fehacientemente por la Sociedad en conocimiento de la Liga Profesional correspondiente. A estos efectos, la sociedad trimestralmente notificará fehacientemente a la Liga Profesional todos los cambios habidos en su accionariado, incluyendo los datos de identificación de las acciones que se transmitan” (42). Entendiendo literalmente lo que dice el precepto, las transmisiones *inter vivos* dan lugar a dos comunicaciones, una, que parece que debe hacerse inmediatamente cuando la sociedad llegue a conocer la transmisión, que comprenderá datos sobre la misma —creemos que todos los que contenga la notificación hecha por las partes a la propia sociedad—, y otra trimestral, que sólo tiene que referir los datos personales y la identificación de acciones; mientras que en las transmisiones *mortis causa* únicamente se precisa ésta última comunicación, diferencia cuya justificación no se alcanza.

(42) Este párrafo coincide con el texto del artículo 23 LD, salvo que ha añadido “gravamen” y “fehacientemente”.

Esta notificación –en la que probablemente se interpretará la exigencia de ser fehaciente con alguna laxitud– es a efectos puramente informativos, para que la Liga Profesional pueda ejercer sus derechos y funciones. Su omisión no afecta, no ya a la validez de la transmisión, sino tampoco al ejercicio de sus derechos por el adquirente.

La Ley no exige que se ponga en conocimiento de la sociedad ni de la Liga Profesional el cambio de circunstancias personales de los socios que puedan afectar a sus derechos. Al menos, la pérdida de la nacionalidad española y la entrada en una sociedad poseedora de acciones de una SAD de capital extranjero en cantidad que determine que lo sea más del 25 por 100 del capital total de aquélla, así como la conversión de la SA socio deberían ser notificadas, puesto que implican la incapacidad para continuar siendo socio de la SAD.

VI. Administración de la sociedad anónima deportiva

1. Artículo 24,1: “La sociedad estará administrada por un Consejo de Administración compuesto por un mínimo de siete miembros”. El artículo 11 del RD recalca que la administración corresponderá “exclusivamente” al consejo de administración, y añade que el número máximo de consejeros se fijará en los estatutos, los que, creemos con SELVA SÁNCHEZ, –*op. cit.*, pág. 134– que también pueden fijar un número mínimo superior a siete.

Está claro que la LD excluye la posibilidad de administrador único o administradores solidarios para la SAD. No debe haber inconveniente en que el consejo de administración delegue facultades conforme a lo previsto en el artículo 141 LSA, y así lo creen FUERTES LÓPEZ –*op. cit.*, pág. 70– y SELVA SÁNCHEZ –*op. cit.*, pág. 134–. Algo más dudoso será el que pueda nombrar apoderado general, aunque al parecer hay alguna SAD –el Rayo Vallecano– que lo tiene, por más

que esta facultad esté prevista en la regulación del consejo de administración que hace la sección IV del capítulo V de la LSA; no se puede ignorar que el apoderado general se parece mucho al administrador único, figura permitida por la LSA pero prohibida por la LD. De todos modos, ni el consejero delegado ni el apoderado general pueden tener todas las facultades del consejo, según dicho artículo 141, y pueden ser cesados por éste.

Los términos categóricos del artículo 11 RD parecen significar que la fijación del número máximo de consejeros posibles es una exigencia formal de los estatutos, cuya ausencia daría lugar a la no inscripción de la sociedad. Sin embargo, esta exigencia es bien poco útil, si se permite señalar un número tan elevado que equivalga a ser ilimitado.

82

Ni la Ley ni el Real Decreto prevén qué ocurrirá si el número de consejeros queda por debajo de siete en un momento dado. Sin duda, el consejo seguirá funcionando si subsisten y se reúnen la mitad más uno de sus componentes (43). Ni las federaciones deportivas tienen facultad de instar el nombramiento de los consejeros que lleguen a faltar, ni entre las funciones de tutela, control y supervisión respecto de sus asociados que el artículo 41,4,b) LD (44) confiere a las ligas profesionales puede comprenderse la de promover la celebración de una junta general, que sería el medio de cubrir la vacante, si el propio consejo no quiere hacerlo por cooptación (45). En definitiva, que si los socios lo quieren, a pesar del artículo 23 LD la sociedad puede funcionar con un consejo de administración de cuatro miembros, sin más que la dimisión, incluso inmediata, de tres de los nombrados.

(43) Artículo 139 LSA.

(44) "Desempeñar, respecto de sus asociados las funciones de tutela, control y supervisión establecidas en la presente Ley."

(45) Conforme al artículo 138 LSA.

2. El artículo 24,2 de la Ley del Deporte determina quiénes no pueden ser administradores de las sociedades anónimas deportivas (46). Este precepto ha sido desarrollado por el artículo 12 del Real Decreto, que establece una lista de incapacidades o incompatibilidades:

a) Quienes tengan antecedentes penales por delitos dolosos. Es obvio que la cancelación de tales antecedentes hace desaparecer la incapacidad.

b) Quienes hayan sido sancionados mediante resolución firme en vía administrativa por alguna de las siguientes infracciones muy graves, en tanto no esté extinguida la responsabilidad disciplinaria deportiva:

Los abusos de autoridad.

Los quebrantamientos de sanciones impuestas.

Las actuaciones dirigidas a predeterminar, mediante precio, intimidación o simples acuerdos, el resultado de una prueba o competición.

La promoción, incitación, consumo o utilización de sustancias o prácticas prohibidas en el deporte, así como la negativa a someterse a los controles exigidos por los órganos y personas competentes, o cualquier acción u omisión que impida o perturbe la correcta realización de dichos controles.

Los comportamientos, actitudes y gestos agresivos y anti-deportivos de jugadores, cuando se dirijan al árbitro, a otros jugadores o al público, así como las declaraciones públicas de directivos, técnicos, árbitros y deportistas o socios que inciten a sus equipos o a los espectadores a la violencia.

La falta de asistencia no justificada a las convocatorias de las selecciones deportivas nacionales.

(46) "No pueden ser administradores quienes tengan antecedentes por delitos dolosos, quienes hayan sido sancionados mediante resolución firme en vía administrativa por alguna de las infracciones muy graves a que se refiere el artículo 76 de la presente Ley, ni quienes hayan sido declarados en quiebra o en concurso de acreedores y no hayan sido rehabilitados."

La participación en competiciones organizadas por países que promuevan la discriminación racial, o con deportistas que representen a los mismos.

c) Quienes sean, o en cualquier momento de los dos últimos años, hayan sido administradores de otra sociedad anónima deportiva que participe en la misma competición (47).

d) Los funcionarios y personal al servicio de las Administraciones Públicas cuyas funciones se relacionen directamente con las actividades de las sociedades anónimas deportivas.

e) Aquellas otras personas incurso en las prohibiciones especificadas en la legislación sobre sociedades anónimas.

Comparando ambos preceptos, el de la Ley y el del Decreto, se observa que éste reproduce literalmente aquélla en sus apartado a) y casi literalmente en los demás. Las causas por las que se pueden imponer sanciones muy graves que determinen la incapacidad para ser administradores, son las enumeradas en el artículo 76 LD, con una pequeña diferencia de matiz en cuanto a prácticas y sustancias prohibidas, que en lugar de referirse al artículo 56 de la Ley (48) lo hace de una manera general a las “prohibidas en el deporte”, pero, que en una ley sancionadora, no puede entenderse como comprensiva de las que no hayan sido tipificadas por el Consejo Superior de Deportes. Además concreta que

(47) No, por tanto, los que lo hayan sido de clubes transformados en SAD antes de su transformación. Y literalmente, tampoco habría inconveniente legal en que fueran administradores de una sociedad anónima deportiva quienes fueran dirigentes o administradores en cualquier forma de un club de los exceptuados de la obligación de convertirse en SAD, absurdo que habrá que evitar pese a que las prohibiciones legales no puedan ser ampliadas por vía de interpretación extensiva o analogía.

(48) “1. El Consejo Superior de Deportes, de conformidad con lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España, y teniendo en cuenta otros instrumentos de este mismo ámbito, elaborará, a los efectos de esta Ley, listas de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos y determinará los métodos no reglamentarios destinados a aumentar artificialmente las capacidades físicas de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones.”

la prohibición desaparece al extinguirse la responsabilidad disciplinaria. El apartado c) aclara que la prohibición alcanza a quienes hayan sido administradores de otra SAD “en cualquier momento” y no por tanto durante todo el período de los dos últimos años. El apartado d) concreta que para que surja la prohibición es necesario que las actividades del funcionario o persona de que se trate estén “directamente” relacionadas con las actividades de la SAD. Y finalmente, se ha suprimido la mención de los quebrados o concursados no rehabilitados que hacía la ley, porque ya las comprende el apartado e) por aplicación del artículo 124 LSA.

3. Artículo 24,3: “Antes de tomar posesión, los Administradores estarán obligados a constituir fianza de la clase y en la forma y cuantía que reglamentariamente se determine, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones”.

Este precepto sustituye el sistema de libertad que establece la legislación común sobre sociedades anónimas (49) por una reglamentación estricta que establece el artículo 13 del Real Decreto en los siguientes términos:

“1. Antes de tomar posesión los Administradores estarán obligados a constituir mancomunadamente fianza mediante aval, hipoteca, prenda con o sin desplazamiento, u otra garantía suficiente. La fianza se constituirá ante la Liga Profesional y a favor de aquellas Entidades y personas que puedan ejercer la acción de responsabilidad.

2. Los Estatutos deberán fijar la relación porcentual entre el valor de la garantía y el importe del presupuesto de gastos, que no podrá ser inferior al 5 por ciento del mismo; así como el momento en que procede restituir la garantía prestada por el Administrador, la que en cualquier caso deberá permanecer por todo el tiempo durante el cual sea posible ejercitar la acción de responsabilidad contra el mismo prevista en la legislación sobre Sociedades Anónimas.

(49) Artículo 123 LSA.

Las garantías deberán ser actualizadas antes del inicio de cada ejercicio económico, y siempre que se produzca una modificación del presupuesto.”

En principio, es a la junta general de la sociedad a la que corresponde la aprobación de la fianza, con el consiguiente riesgo de que no lo haga o que dé por buena una garantía que no tenga la efectividad económica precisa. En materia de SAD, la fianza ha de prestarse “ante” la Liga Profesional, lo que puede ser entendido como que está sujeta a la aprobación por ésta, de acuerdo con las facultades que le atribuye el artículo 41,4 LD.

4. Las facultades del consejo de administración son las que con carácter general establecen los artículos 128 y 129 de la LSA, con unas limitaciones específicas:

86 Artículo 24,4: “El Consejo de Administración no podrá realizar actos de enajenación o gravamen sobre los bienes inmuebles de la Sociedad cuando tales actos o negocios supongan más de un diez por ciento del inmovilizado material, sin autorización específica para cada uno de aquéllos de la Junta General de Accionistas, tomado por acuerdo de la mayoría del capital social. Queda a salvo la responsabilidad de la Sociedad frente a terceros en los términos establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas”.

El artículo 14 del Real Decreto hace algunas precisiones: el diez por ciento que determina la necesidad de la autorización se calcula sobre el valor contable del inmovilizado material, derechos reales y activos, y la autorización, además de específica, deberá ser expresa. Se suprime en el RD la referencia a la responsabilidad frente a terceros de los administradores que contenía la ley innecesariamente, puesto que es evidente la existencia de tal responsabilidad, no sólo respecto a terceros sino frente a los socios en todos los casos en que procede conforme a la legislación general.

El párrafo 2.º de este artículo 14 RD dice que “Con la convocatoria de la Junta deberá ponerse a disposición de los

accionistas un informe elaborado por los Administradores y otro elaborado por uno o varios expertos designados por el Registrador Mercantil, en la forma prevista en el Reglamento del Registro Mercantil". Esta remisión debe entenderse hecha al nombramiento previsto para aportaciones no dinerarias en los artículos 302 y siguientes.

No aclara la ley si estatutariamente podría fijarse un porcentaje inferior al 10 —superior es evidente que no— para hacer precisa la autorización de la Junta. La negativa puede basarse en el artículo 129,1 LSA, que declara ineficaz frente a terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la responsabilidad en que éstos pudieran incurrir frente a la propia sociedad por el incumplimiento de la norma social.

El acto o negocio de disposición más común será la venta en pleno dominio, pero no cabe duda que pueden ser otros, como la transmisión o constitución a favor de un tercero de usufructos, servidumbres, etc., incluso del derecho real de hipoteca, en cuyo caso se habrá de tener en cuenta el valor del derecho, no de la finca sobre la que recaiga (50).

La autorización para el acto de enajenación o gravamen la debe dar la junta general por acuerdo de la mayoría del capital social, lo que hay que entender en el sentido de capital escriturado, como, con matices, entiende GÓMEZ-FERRER SAPIÑA —*op. cit.*, pág. 103— pues de referirse al representado en la junta la precisión sería superflua, y tanto en primera como en segunda convocatoria.

Según el n.º 5 del mismo artículo 24 LD, "También necesitarán los Administradores autorización de la Junta General para realizar actos que excedan de las previsiones del

(50) Sin embargo, en los derechos que otorguen a su titular la facultad de promover una enajenación debe tenerse en cuenta el precio o valor del bien. Por ejemplo, en la hipoteca debe considerarse el valor asignado a los bienes para la primera subasta; en el derecho de opción, el precio por el que puede ejercitarse, y no el de la concesión del derecho, etc.

presupuesto de gastos en materia de plantilla deportiva". El artículo 15 RD precisa que dicho acuerdo lo será "en los términos y mayoría respectivos señalados en el artículo anterior".

¿Qué debe entenderse por plantilla? En lenguaje habitual, la plantilla la componen los jugadores o deportistas que participan o pueden participar en la competición, pero no hay razón para excluir a los técnicos deportivos, como entrenadores, etc. Y entonces tampoco sería razonable excluir a masajistas, utilleros, médicos u otros profesionales. Y a gerentes, "managers", secretarios técnicos o cualquier otra clase de técnicos. Cabe la solución de considerar como componentes de plantillas a todos los que realicen un trabajo en la sociedad mediante remuneración, ya que aunque sea de manera indirecta contribuyen a la actividad deportiva que constituye el único objeto de la sociedad; o a todos los que trabajan directamente en dicha actividad, o, lo que parece más razonable, a los que figuren en presupuesto como componentes de la plantilla, lo que será supervisado por la Liga Profesional correspondiente.

5. Son dudosos los efectos del acto que exceda de las previsiones presupuestarias, sin perjuicio de la indudable responsabilidad de los administradores cuando no se haya obtenido la pertinente autorización o su informe —no parece que este caso pueda equipararse a la enajenación de inmuebles en cuanto a la necesidad de un informe de expertos— sea inexacto. La otra parte —por ejemplo, un jugador— difícilmente puede saber si el contrato que se le ofrece excede de las previsiones presupuestarias, si tenemos en cuenta que para apreciar si es así precisa conocer las obligaciones que tenga asumidas la sociedad con anterioridad en materia de plantilla. Por esta razón creemos que el acto debe ser válido respecto de dicha otra parte y, en general, respecto a terceros, si han procedido de buena fe, sin exigirles un estudio económico, para lo cual, además de su dificultad intrín-

seca, no podrán tener a su disposición la documentación de la sociedad, a la que son ajenos. El caso no es el mismo que en la enajenación de inmuebles, porque entonces deberá unirse a la escritura la certificación de los administradores de que el acto no excede del límite previsto o de haberse obtenido la correspondiente autorización previos los trámites legales, incluso acompañando el informe, aunque SELVA SÁNCHEZ -*op. cit.*, pág. 141- cree lo contrario.

6. Artículo 24,6: "Con independencia del régimen general de responsabilidad de los Administradores, éstos responderán de los daños que causen a la sociedad, a los accionistas y a terceros, por incumplimiento de los acuerdos económicos de la Liga Profesional correspondiente". En otros términos, lo mismo dice el artículo 16, párrafo 1.º, RD (51), añadiendo en el 2.º que "A tales efectos, la Liga Profesional pondrá en conocimiento de la Sociedad de forma fehaciente todos aquellos acuerdos de contenidos económicos que afecten a la misma". El artículo 17 del mismo RD dice que "La acción de responsabilidad contra los Administradores prevista en el artículo anterior podrá ser ejercitada asimismo por la Liga Profesional y por la Federación Española correspondiente, previo acuerdo de sus respectivas Asambleas, que podrá ser adoptado aunque no conste en el orden del día, por mayoría de los participantes", desarrollando así el texto, más escueto, del artículo 24,7 de la Ley (52).

Nada dice la ley sobre si la responsabilidad de los administradores es solidaria o mancomunada. CAZORLA (53) cree

(51) "Con independencia del régimen general de responsabilidad de los administradores previsto en la legislación de Sociedades Anónimas, éstos responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a terceros de los daños y perjuicios que causen por incumplimiento de los acuerdos económicos de la Liga Profesional correspondiente."

(52) "La acción de responsabilidad contra los Administradores podrá ser ejercida, asimismo, por la Liga Profesional y la Federación Española correspondiente." Debe entenderse que por una u otra indistinta e independientemente.

(53) *Op. cit.*, pág. 209.

que solidaria, por aplicación analógica del artículo 133 LSA, pero el argumento es discutible, porque los preceptos sancionadores deben interpretarse restrictivamente y no pueden extenderse analógicamente a supuestos distintos de los contemplados; pero podemos llegar a la misma conclusión si pensamos que el acto contrario al artículo 24,6 LD es un acto “contrario a la ley”, y, además, actuar contra los acuerdos de la Liga Profesional implica la omisión de la diligencia con que debe desempeñar su cargo el administrador, tal y como contempla el artículo 133,1 LSA.

También la legitimación de la Liga Profesional o federación española correspondiente para exigir responsabilidad a los administradores da lugar a ciertas dudas. Dificilmente puede imaginarse un supuesto en que sea la propia Liga o Federación la perjudicada por el acto del administrador —en cuyo caso estarán legitimadas como terceros, y el precepto sería inútil—, por lo que hay que suponer que su actuación será en interés de tercero. Que lo haga en interés de los componentes de la entidad sería explicable en cuanto a los socios de un club deportivo, pero menos en cuanto a socios de una sociedad anónima, a los que hay que suponer un interés privado que puede ser de lucro. Menos se puede justificar que la Liga Profesional o federación actúe en defensa de los intereses de cualquier tercero. Podría explicarse si el tercero fuera un acreedor cuyo crédito se derive de una relación deportiva, como entrenadores, jugadores, etc., u otro club o sociedad perteneciente a la misma liga o federación, pero no iba a ser fácil precisar en cada caso si se justificaba la intervención de la liga o federación. No es absurdo pensar que sólo en interés de la propia sociedad —e indirectamente por ello del conjunto de los socios— puede ejercitar la Liga Profesional o federación española correspondiente la acción de responsabilidad contra los administradores de una sociedad anónima deportiva. Esta interpretación tendría en cuanto a las ligas profesionales apoyo en el apartado b) artículo 41,4

LD (54). Por otro lado, parece fundada la opinión de SELVA SÁNCHEZ *-op. cit.*, pág. 144-; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA *-op. cit.*, pág. 97-; CAZORLA PRIETO *-op. cit.*, pág. 210- de que la Liga Profesional sólo está legitimada cuando se haya incumplido un acuerdo económico de la misma.

7. Artículo 24,8: “El aumento o la disminución del capital, la transformación, la fusión, la escisión o la disolución de la Sociedad y, en general, cualquier modificación de los Estatutos sociales habrán de ser comunicados por los Administradores a la Liga Profesional correspondiente, así como el nombramiento o separación de los propios Administradores”.

El artículo 18,1 RD reproduce literalmente este texto. No se dice que la notificación tenga que ser fehaciente, aunque deberá ser probada, incluso en cuanto a su fecha a los efectos que siguen.

Artículo 24,9: “En el plazo de cuarenta días, a partir de la fecha en que se haya recibido la comunicación establecida en el párrafo anterior, la Liga Profesional podrá ejercitar la acción de impugnación de los acuerdos por los motivos y según las normas establecidas en la Ley de Sociedades Anónimas”. El texto del artículo 18,2 RD es casi idéntico, aunque añade la Ley del Deporte a la mención de la LSA respecto a motivos y normas de impugnación.

Llama la atención que la facultad de impugnación corresponda sólo a la Liga Profesional, no a la federación correspondiente, que pueden, sin embargo, ejercitar la acción de responsabilidad, como acabamos de ver. Si no hay notificación, la impugnación podrá hacerse en cualquier momento mientras no haya prescrito la acción, pues no puede estimarse que el incumplimiento por los administradores de su obligación pueda impedir aquélla. El mero conocimiento por la Liga Profesional de la existencia del acuerdo impugnado, si no media comunicación, no debe ser considerado para el

(54) *Vid.* nota (44).

cómputo del plazo. La impugnación puede referirse tanto a un acuerdo nulo —en cuyo caso el precepto es superfluo, puesto que la Liga Profesional podría instarla como tercero con interés legítimo (55)—, como si es anulable.

El artículo 18,3 del Real Decreto dice que “Asimismo, podrán impugnar tales acuerdos los accionistas que representen al menos el 5 por 100 del capital social, en los términos previstos en el artículo 143 de la Ley de Sociedades Anónimas”. Es evidente que por aplicación supletoria de ésta así sería aunque tal precepto no existiera.

VII. Enajenación de instalaciones deportivas

92 1. Los derechos reales de adquisición de origen legal, principalmente tanteo y retracto, pero a veces también el derecho de opción, han proliferado en los últimos tiempos. La Ley del Deporte no ha sido menos que la legislación urbana, agraria, fiscal, etc., y ha establecido un nuevo tanteo y retracto legal en su artículo 25.

Artículo 25,1: “En el caso de enajenación a título oneroso de instalaciones deportivas que sean propiedad de una sociedad anónima deportiva, corresponden los derechos de tanteo y de retracto, con carácter preferente, al Ayuntamiento del lugar donde radiquen las instalaciones o, en el caso de no ejercitarlo éste, a la Comunidad Autónoma respectiva, y subsidiariamente, al Consejo Superior de Deportes”. El artículo 19,1 RD (56) viene a decir lo mismo, cali-

(55) Artículo 117 LSA: “1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los Administradores y cualquier tercero que acredite tener interés legítimo”. La función de tutela de las ligas justifica suficientemente su interés.

(56) “En los casos de enajenación a título oneroso de instalaciones deportivas que sean propiedad de las Sociedades Anónimas Deportivas, corresponde el derecho de tanteo y el de retracto legal, conforme a las disposiciones de la Ley del Deporte, al Ayuntamiento del lugar donde radiquen las instalaciones, o en caso de no ejercitarlo éste, a la Comunidad Autónoma respectiva, y subsidiariamente al Consejo Superior de Deportes.”

ficando de legal el derecho –lo que es obvio– y suprimiendo la expresión “con carácter preferente” que en el texto de la Ley les atribuye. Esto podría ser una pista para saber el orden de preferencia del retracto deportivo con relación a los demás retractos legales. Si la expresión de la ley ha de servir para algo, como exigen las reglas de la hermenéutica, significa su preferencia sobre cualquier otro. Pero tal preferencia no tiene demasiada justificación si pensamos en el retracto de comuneros e incluso en el arrendaticio –si la instalación puede ser considerada como local de negocio–, en el probable caso de que el arrendatario sea una entidad deportiva. Tal vez la supresión del carácter preferente en el Decreto sea una manera de interpretar el texto legal en el sentido de que la expresión es una simple redundancia de la preferencia adquisitiva que implican el tanteo y retracto.

2. La falta de regulación de este derecho da lugar a numerosos problemas. El primero de ellos es saber qué se entiende por enajenación a estos efectos. La interpretación restrictiva que se impone en un supuesto de limitación del dominio hace que deba entenderse por tal sólo la transmisión del pleno dominio, no la creación o transmisión de un derecho limitado, aunque sea de naturaleza real y que implique el uso total de la instalación, como sería el usufructo (57). Mucho menos el arrendamiento, aunque fuera inscribible. Sí, la transmisión de una cuota indivisa del pleno dominio. Alguna duda puede ocasionar el derecho de superficie. La transmisión de la propiedad superficiaria, es decir, de las instalaciones ya construidas un uso del derecho de superficie, parece indudable que da lugar al retracto; la del derecho antes de construirse o la constitución del mismo no, porque tal derecho no es una instalación deportiva, a menos que se haya constituido sobre una instalación deportiva para construir otra previo derribo de aquélla.

93

(57) Sí lo sería la del dominio útil o directo del censo enfiteútico.

3. Lo más difícil será puntualizar cuándo hay una instalación deportiva, porque el artículo 72 LD, al decir “establecimiento de uso público en que se presten servicios de carácter deportivo” no da una verdadera definición. No cabe duda que es tal un estadio, o que no lo es un solar, aunque esté destinado a construir en él una instalación y mientras tanto se utilice para ciertas prácticas o actividades deportivas. ¿Cuándo habrá un modesto campo deportivo y cuándo un solar con unos mínimos elementos, acaso desmontables o por lo menos fácilmente derribables, como vallas, porterías, etc.? Una construcción inacabada o nunca utilizada o en desuso, o una construcción tan deteriorada que su uso exige una reparación o reconstrucción de más o menos envergadura, ¿es una instalación deportiva? A veces la calificación urbanística nos puede dar un indicio muy importante, por ejemplo, si el terreno ha pasado de tener finalidad deportiva a otra como industrial; pero, en general, será una cuestión de hecho que habrá que dilucidar en cada caso, atendiendo a sus circunstancias, como entidad de las construcciones o instalaciones, uso que se le viene dando, etc.

La instalación deportiva no tiene que constituir siempre una finca exenta, sino que puede estar en régimen de propiedad horizontal, como un gimnasio. Cabe entonces la duda de qué ocurrirá si lo que se enajena es la totalidad del edificio.

Tampoco está claro si el derecho de tanteo y retracto se da únicamente por la enajenación de instalaciones deportivas propias de la actividad de la sociedad de que se trate o también en las que se realice cualquier otra actividad deportiva, directamente relacionada con aquella o no. Veamos un orden de instalaciones relacionadas, por ejemplo, con una sociedad dedicada al fútbol: estadio principal, campos de entrenamiento, canchas para la preparación física, gimnasio, piscina, sauna, salas de masaje. ¿Qué decir de las instalaciones deportivas no destinadas a los que participan directamente en la competición profesional que constituye el objeto social, sino a los socios? Y finalmente hay una serie de ins-

talaciones que tienen un fin complementario de la actividad deportiva, pero difícilmente pueden ser calificadas de tales, desde enfermería a oficinas. Sería pretencioso tratar de dar una solución total al problema, pero apuntamos que debe hacerse una interpretación restrictiva, de modo que el derecho de tanteo y retracto sólo se dé respecto a instalaciones directa y exclusivamente destinadas a la práctica del deporte que constituya el objeto de la sociedad.

4. El efecto del tanteo o retracto es la subrogación del retrayente en la posición jurídica del adquirente, asumiendo, por tanto, los derechos y obligaciones de éste, lo que es fácil cuando se trata de compraventas. Pero si el título de enajenación es una permuta –a menos que sea por cosa fungible–, la subrogación no es posible. Parece que como también entonces surgirá el derecho de adquisición para el Ayuntamiento, Comunidad Autónoma o Consejo Superior de Deportes, pues el precepto comentado, habla de “enajenación a título oneroso”, aunque FUERTES LÓPEZ –*op. cit.*, pág. 82– no lo cree así y GÓMEZ-FERRER SAPIÑA –*op. cit.*, pág. 111– tiene duda, no hay más solución posible que entender que el retrayente deberá pagar el valor de lo retraído, al contado y en metálico, con lo que el derecho de adquisición no será propiamente un retracto sino un derecho de opción de compra –condicional, de origen legal y de naturaleza real– o de expropiación. La misma solución habrá que aplicar a cualquier supuesto de acto mixto –compraventa amistosa, a menos que pueda ser calificada de enajenación gratuita, o permuta con compensación en metálico– o a la venta conjunta de instalación deportiva y otro bien, aunque en este caso lo que procederá será repartir el precio global de la compraventa entre los objetos de la misma.

5. El artículo 25 LD establece también los trámites para el ejercicio de este derecho de adquisición distinguiendo sus dos fases de tanteo y retracto:

“2. A los efectos señalados en el apartado precedente, los Administradores deberán comunicar al Consejo Superior de Deportes, de forma fehaciente, la decisión de enajenar, el precio ofrecido o la contraprestación, el nombre y domicilio del adquirente y las demás condiciones de la transacción. Los efectos de esta notificación caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma.” El artículo 19,2 RD reproduce este texto de manera prácticamente literal.

Entendemos que la notificación debe ser fehaciente en sentido estricto –acta de notificación o carta remitida por conducto notarial– y ha de contener todas las circunstancias de la enajenación, de modo que la omisión o la inexactitud de alguna de ellas que sea relevante equivale a la falta de notificación. Aunque la ley habla de “decisión de enajenar”, puede existir una enajenación ya realizada, que será válida, puesto que ningún precepto legal decreta su nulidad (58). El plazo de caducidad debe contarse desde que el destinatario recibe la notificación.

“3. El Consejo Superior de Deportes, en el plazo de cuarenta y cinco días naturales a contar desde la notificación, y previo informe de la Liga Profesional, trasladará al Ayuntamiento y a la Comunidad Autónoma correspondiente la indicada comunicación. Tanto el Ayuntamiento como la Comunidad Autónoma podrán hacer uso del derecho de tanteo dentro de los cuarenta y cinco días naturales siguientes, notificándolo al Consejo Superior de Deportes y poniendo a disposición de la Sociedad el precio.

Si ambas entidades ejercitasen el derecho de tanteo, tendrá preferencia el Ayuntamiento.

El informe de la Liga Profesional se emitirá en el plazo de veinte días naturales, a contar desde la solicitud del

(58) Enajenación hecha en documento privado, difícilmente en escritura pública que el notario no autorizará si no se acredita la notificación.

Consejo Superior de Deportes" (59). El artículo 19,3 del Real Decreto dice casi exactamente lo mismo, sin más que aclarar que el plazo de cuarenta y cinco días que tiene el Consejo Superior de Deportes para realizar el traslado se cuenta desde el siguiente a aquél en que haya recibido la comunicación, y que si la Liga Profesional no emite su informe en el plazo previsto se considerará que el mismo es favorable a la enajenación (60). No se sabe muy bien qué significa informe favorable a la enajenación, puesto que es evidente que la sociedad puede enajenar le guste o no a la Liga; quizá quiera decir que no la estima perjudicial para el deporte, por lo que desaconseja el retracto, si lo que tiene en cuenta es la persona del adquirente. Aunque este precepto habla de tanteo, lo cierto es que si la compra-venta ya se ha realizado, se tratará en realidad de un retracto.

Poner a disposición del vendedor el precio significa que éste pueda cobrarlo sin más. Cuando el precio tenga que fijarse, porque no resulte del contrato por sí mismo –pemuta, ventas en globo–, lo que deberá hacerse es poner en conocimiento del vendedor –fehacientemente– lo que el retrayente considera que es el precio y depositar esta cantidad, que deberá aumentar hasta lo señalado por la resolución que ponga fin a la controversia que pudiese suscitarse (61).

97

(59) Evidentemente, en Ceuta y Melilla Ayuntamiento y Comunidad Autónoma son la misma entidad.

(60) "El Consejo Superior de Deportes, en el plazo de cuarenta y cinco días naturales a contar desde el siguiente a la notificación y previo informe de la Liga Profesional, lo trasladará al Ayuntamiento y Comunidad Autónoma respectiva, quienes podrán hacer uso del derecho de tanteo dentro de los cuarenta y cinco días naturales siguientes, notificándolo al Consejo Superior de Deportes y poniendo a disposición de la sociedad el precio.

Si ambas entidades hiciesen uso del derecho de tanteo tendrá preferencia el Ayuntamiento.

El informe de la la Liga Profesional se emitirá en el plazo de veinte días naturales, desde su solicitud por el Consejo Superior de Deportes, considerándose que el mismo es favorable a la enajenación, si en el transcurso de dicho plazo no se hubiese pronunciado."

(61) Es de suponer que en el plazo de 45 días. El aumento, en su caso, será en ejecución de la resolución que así lo hubiere ordenado.

Si el precio tuviera parte aplazada, sólo habrá que poner a disposición la parte de contado, sin necesidad de prestar garantías por la parte aplazada cuando el negocio de enajenación no las establezca, pero sí cuando las haya, puesto que el retrayente debe asumir la posición jurídica del adquirente en su totalidad. Sin embargo, y sobre todo si tenemos en cuenta que el retrayente es una entidad de derecho público, a veces no será fácil para ésta constituir la misma garantía que tuviese el adquirente, por ejemplo hipoteca o fianza personal de un tercero. Parece que entonces habrá que sustituir tal garantía por otra igualmente segura.

“4. En el caso de que ni el Ayuntamiento ni la Comunidad Autónoma ejercitasen el derecho de tanteo, podrá hacerlo el Consejo Superior de Deportes dentro del plazo de otros veinte días. Si tampoco lo ejercitase, podrá llevarse a cabo la enajenación” (62). Obsérvese que la totalidad de los plazos concedidos a los organismos que intervienen en el tanteo no excede de 110 días; por consiguiente la caducidad a los 180 días de los efectos de la notificación que debe hacer el enajenante no se refiere a que sólo entonces pueda consumir la enajenación, sino que a partir de entonces, si no se ha ejercitado el tanteo, puede desistir de la misma y celebrar otra con distinta persona o diferentes condiciones, iniciándose de nuevo el proceso. Parece evidente que el retrayente debe comunicar al transmitente su voluntad de retraer de manera fehaciente.

6. La fase de retracto propiamente dicha (63) está regulada en el artículo 25, apartados 5 y 6.

Artículo 25.5: “Asimismo, podrán el Ayuntamiento, la Comunidad Autónoma o el Consejo Superior de Deportes

(62) El artículo 19,4 del Real Decreto reproduce casi literalmente este texto, reiterando que los diez días del plazo son naturales.

(63) Como hemos dicho, si antes de la notificación ha existido ya una venta válida legalmente y no sólo un propósito o promesa de venta, la fase de tanteo supone un verdadero retracto.

ejercitar el derecho de retracto con sujeción a las normas del Código civil, cuando no se hubiere hecho la notificación o se hubiere omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, resultare inferior el precio o la contraprestación, o menos onerosas las restantes condiciones esenciales de ésta, o si la transmisión se realiza a persona distinta de la consignada en la notificación para el tanteo". El artículo 19,5 RD dice lo mismo con distintas palabras (64).

Así pues, el tanteo –que ya hemos dicho que es un verdadero retracto si en vez de la “decisión de enajenar” se trata de un acuerdo de enajenación– excluye la fase de retracto si se cumplen los requisitos legales establecidos. Una vez notificada la decisión o acuerdo de enajenación en forma y transcurrido el plazo previsto, la transmisión o formalización de la transmisión acordada que haga la sociedad enajenante no da lugar al retracto. Éste sólo aparece si falta la notificación o se hace con inexactitudes sustanciales.

99

Artículo 25,6: “El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación fehaciente, que, en todo caso, el adquirente deberá hacer al Consejo Superior de Deportes, sobre las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fue formalizada. El Consejo Superior de Deportes lo comunicará al Ayuntamiento y a la Comunidad Autónoma respectiva, para que, durante los treinta días siguientes, pueda ejercitar el derecho de retracto, teniendo preferencia el Ayuntamien-

(64) “Asimismo podrá el Ayuntamiento, la Comunidad Autónoma o el Consejo Superior de Deportes ejercitar el derecho de retracto con sujeción a las disposiciones del Código civil en los siguientes casos:

- a) Cuando no se hubiera notificado por los Administradores la decisión de enajenar.
- b) Cuando se hubiese omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos.
- c) Cuando resultase inferior el precio o contraprestación a los comunicados, o fuesen menos onerosas las restantes condiciones esenciales de la enajenación.
- d) Cuando la transmisión se realice a persona distinta de la consignada en la notificación para el ejercicio del tanteo.”

to si ambas instituciones lo ejercitasen. Si no lo hicieren, el Consejo Superior de Deportes podrá hacer uso de este derecho durante otros treinta días naturales” (65).

Esta segunda notificación es preceptiva aunque se haya hecho la primera, en cuyo caso su utilidad se reduce a que el retrayente pueda comprobar la corrección de ésta. En congruencia, el artículo 19,7 RD dice que “Al tiempo de otorgar la escritura pública de enajenación deberá acreditarse documentalmente al haberse practicado las notificaciones requeridas en el presente artículo”. La notificación, que en este caso la debe hacer el adquirente, aunque si la hiciera el transmitente se entendería que obraba como mandatario de aquél, se efectúa mediante entrega –o remisión que haga el propio notario autorizante a requerimiento del interesado– de copia, se supone que auténtica, del instrumento de transmisión, con lo que es evidente que se notificarán todas las condiciones esenciales –y las no esenciales– del contrato. Lo que no está claro es qué significa copia autorizada del documento en que se formalice la transmisión si éste es privado; quizá deba ser un testimonio o fotocopia legitimada del original, para lo cual se deberán haber cumplido previamente los requisitos fiscales.

En los plazos establecidos para el ejercicio del retracto hay cierta incongruencia. Si el derecho caduca a los treinta días de la notificación, el Ayuntamiento o Comunidad Autónoma no podrían tener treinta días para ejercitarlo por mu-

(65) Artículo 19,6 del Real Decreto: “El derecho de retracto establecido en favor de Ayuntamientos y Comunidades Autónomas caducará a los treinta días naturales contados desde el siguiente al de la notificación fehaciente, que deberá hacer en todo caso el adquirente al Consejo Superior de Deportes de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de copia autorizada de la escritura o documento en que fue formalizada.

El Consejo Superior de Deportes lo comunicará al Ayuntamiento y Comunidad Autónoma respectivos para que durante los treinta días siguientes puedan ejercitar el derecho de retracto, teniendo preferencia el Ayuntamiento si ambas instituciones lo ejercitasen. Si no lo hiciesen, el Consejo Superior de Deportes podrá hacer uso de este derecho durante treinta días naturales.”

cha prisa que se diese el Consejo Superior de Deportes en comunicárselo, ni desde luego podría hacerlo el propio Consejo. Hay que interpretar que el Consejo Superior de Deportes debe hacer la comunicación al Ayuntamiento y a la Comunidad Autónoma dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación; que el Ayuntamiento y la Comunidad tienen para retraer un plazo de treinta días, contados desde que reciban la comunicación, siempre en el transcurso de los primeros treinta días, y el Consejo Superior de Deportes otros treinta días contados desde que expire el plazo del Ayuntamiento o Comunidad Autónoma. Así resulta que el plazo máximo total para el retracto es de noventa días, inferior al concedido para ejercitar el tanteo, por lo que resulta más conveniente para los interesados omitir la primera notificación y hacer sólo la de la transmisión ya efectuada (66). Y nada dice la Ley para el caso de que se omita toda comunicación. Aunque en este caso no se podrá efectuar la transmisión por escritura pública, porque lo prohíbe el artículo 19,7 RD como hemos visto, nada impide hacerlo privadamente, como también hemos visto. Siendo válida esta transmisión, sería absurdo que no pudiera ejercitarse el retracto: la solución lógica será que éste pueda tener lugar contándose los plazos desde que el Consejo Superior de Deportes tenga conocimiento suficientemente completo de la transmisión.

101

(66) Aunque con las molestias que supone dejar sin efecto una transmisión ya efectuada, por más que desde el punto de vista económico el retraso no resulta perjudicado, puesto que tiene derecho a que se le reembolsen los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, según el artículo 1.518,1.º C.c.

VIII. Contabilidad de las sociedades anónimas deportivas

1. Artículo 20,3: “El ejercicio económico de las Sociedades Anónimas Deportivas se fijará de conformidad con el calendario establecido por la Liga Profesional correspondiente”. El Real Decreto aclara que el calendario es el de la competición correspondiente (67).

2. Artículo 26: “1. Los presupuestos y la contabilidad de las Sociedades Anónimas Deportivas se elaborarán de conformidad con la Ley de Sociedades Anónimas y el Código de Comercio, y de acuerdo con las normas que reglamentariamente se determinen.

2. Las Sociedades Anónimas Deportivas, por acuerdo ordinario de la Junta General, deberán aprobar anualmente su presupuesto. El proyecto de presupuesto se presentará a la Junta General acompañado de un informe que emitirá la Liga Profesional en el plazo que reglamentariamente se determine.

3. Si las Sociedades Anónimas Deportivas cuentan con varias secciones deportivas, llevarán una contabilidad especial y separada para cada una de ellas, con independencia de su consolidación en un balance general.

4. Además de lo establecido en la legislación de Sociedades Anónimas, la Liga Profesional, el Consejo Superior de Deportes y, en su caso, la Comunidad Autónoma correspondiente, podrán determinar las Sociedades Anónimas Deportivas que deberán someterse a una auditoría complementaria realizada por auditores designados por las mencionadas Entidades” (68).

(67) *Cfr.* artículo 21,3 RD.

(68) El artículo 21 del Real Decreto desarrolla esta norma en los siguientes términos:

“1. Las Sociedades Anónimas Deportivas tienen la obligación de elaborar sus presupuestos con arreglo a los principios contables ordinarios.

2. Los presupuestos y la contabilidad de las Sociedades Anónimas Deportivas se elaborarán de conformidad con el Código de Comercio y la Ley de Sociedades Anónimas y disposiciones aplicables por razón de la materia.

IX. Reserva legal

En materia de sociedades anónimas, la regla general es que toda la parte del patrimonio que exceda de la cifra del capital social puede ser repartida entre los socios, salvo la reserva legal que establezcan las leyes y las limitaciones previstas en los estatutos (art. 213 LSA). La reserva legal ordinaria es el 20 por 100 del capital social (art. 214). Con criterio distinto, el artículo 27,1 de la Ley del Deporte dispone que “Las Sociedades Anónimas Deportivas no podrán repartir dividendos hasta que esté constituida una única reserva legal, igual, al menos, a la mitad de la media de los gastos realizados en los tres últimos ejercicios. Durante los tres primeros ejercicios dicha mitad se calculará sobre el importe del presupuesto inicial o sobre la media de los gastos realizados en los ejercicios que hubieran completado” El artículo 22,1 RD, más que desarrollar, reitera la norma (69).

103

3. Las Sociedades Anónimas Deportivas, por acuerdo ordinario de la Junta general tomado en las condiciones de quorum y mayoría previstas en la Ley de Sociedades Anónimas, deberán, con carácter previo al comienzo de la competición, aprobar anualmente su presupuesto.

Los Estatutos sociales podrán elevar los quorum y mayoría previstos.

El proyecto de presupuesto se presentará a la Junta general acompañado de un *informe que emitirá la Liga Profesional en el plazo de veinte días naturales desde su solicitud por la Sociedad Anónima Deportiva, pudiendo incluirse en tal informe las menciones complementarias que la Liga Profesional considere necesarias.*

4. Si las Sociedades Anónimas Deportivas cuentan con varias secciones deportivas, profesionales y no profesionales, llevarán una contabilidad en la cual se haga mención especial y separada para cada una de ellas, desglosando cada tipo de gasto clasificado por naturaleza, así como cada ingreso, los cuales, además, podrán desglosarse por competiciones, con independencia todo ello de su consolidación, de acuerdo con el Plan General de Contabilidad.

5. Además de lo establecido en la legislación de Sociedades Anónimas, la Liga Profesional, el Consejo Superior de Deportes y, en su caso, la Comunidad Autónoma correspondiente, podrán determinar las Sociedades Anónimas Deportivas que deberán someterse a una auditoría complementaria realizada por Auditores especiales designados por las mencionadas entidades.”

Si las competiciones en que participen las diferentes secciones deportivas de una misma sociedad tienen distinto calendario, el que determinará el ejercicio económico será el de la competición profesional que constituya el objeto de la sociedad.

(69) Aclarando que no pueden repartir dividendos ni cantidades a cuenta de dividendos.

Teóricamente podría ocurrir que la mitad de la media de los gastos de los tres años anteriores fuera inferior al 20 por 100 del capital social, en cuyo caso cabe la duda de si éste será límite mínimo por aplicación del artículo 214 LSA. Según el principio *specialia generalibus derogant* no debe ser así. Los modos de calcular esta mitad durante los tres primeros años de vida de la SAD no son a elección de ésta; será calculada sobre el importe del presupuesto inicial sólo en cuanto a los ejercicios no completados, de modo que el primer medio irá disminuyendo con el transcurso del tiempo.

X. Préstamos

1. Artículo 27,2: “Los préstamos de los accionistas y administradores que se realicen a favor de las Sociedades Anónimas Deportivas no podrán ser exigidos, si la sociedad no hubiere obtenido beneficios en el último ejercicio anterior a su vencimiento. En tal caso, quedarán renovados hasta el cierre del ejercicio y sólo serán devueltos si se obtuvieren beneficios”. La redacción de este precepto, que altera nada menos que el principio de la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código civil, no es demasiado afortunada, y el artículo 23 del Real Decreto ha tratado de aclararla, tampoco, a nuestro juicio, con demasiado éxito: “Los préstamos de los accionistas y administradores que se realicen a favor de las Sociedades Anónimas Deportivas, no podrán ser exigidos, estén o no consolidados en balance, si la sociedad no hubiese obtenido beneficios en el último ejercicio anterior a su vencimiento. En tal caso quedarán renovados hasta el cierre del ejercicio siguiente y sólo serán reintegrados si la sociedad obtuviese beneficios, una vez constituida la reserva legal, a que se refiere el artículo anterior y, en su caso, estatutaria”.

2. Se habla de préstamos, pero el concepto hay que extenderlo a cualquier acto o contrato que determine una devolución aplazada de dinero, como el reconocimiento de deuda e incluso, creemos, al pago del precio aplazado de una venta. Si el precepto no se extiende al préstamo hecho por persona interpuesta o tan allegada que pueda calificarse de testaferro del socio o administrador —sociedad en la que sea socio prácticamente único, cónyuge, etc.—, el precepto será inútil.

3. Tal como está redactada tanto la Ley como el Decreto, parece que el reintegro del préstamo ha de ser total o no se reintegrará nada. Igualmente parece que es bastante que en el ejercicio anterior al vencimiento haya habido beneficios, aunque éstos no alcancen para el pago del préstamo, para que haya que proceder al mismo, es decir, que tras el primer ejercicio con beneficios se podrán pagar todos los préstamos que existan a favor de socios y administradores, cualquiera que sea su importe y por mínimos que hayan sido tales beneficios; lo cual es manifiestamente absurdo, por lo que parece imponerse una interpretación que permita el pago parcial, sólo hasta el importe de los beneficios repartibles. El ejercicio en que aparezcan estos beneficios debe ser el último cuyas cuentas hayan sido aprobadas, no el del período anterior al vencimiento, puesto que entonces, si éste se producía antes de la aprobación, el acreedor tendría que esperar a que se verificara, para saber si se habían producido beneficios. Y no es razonable que el pago del préstamo dependa exclusivamente del ejercicio anterior, sin que se comprenda por qué, aunque éste haya sido deficitario, tal vez mínimamente, no se va a poder hacer el pago si de ejercicios anteriores quedan cantidades disponibles suficientes. Por último, la renovación automática del préstamo —se supone que hasta la aprobación del ejercicio siguiente— puede ser perjudicial para la sociedad, si, por ejemplo, los tipos de interés del mercado son inferiores a

los establecidos en el contrato. Parece que en este caso la sociedad podría gestionar un crédito a tal fin, lo que implica que, aunque en el ejercicio anterior no haya obtenido beneficios, la sociedad podrá pagar préstamos a sus socios o administradores siempre que cuente con tesorería adecuada obtenida por medios lícitos que no son su propia actividad.

4. La no existencia de beneficios resultará de las cuentas debidamente aprobadas, pero no puede discutirse el derecho del acreedor a impugnar éstas, demostrando la existencia real de dichos beneficios y por tanto la exigibilidad de su crédito. Es muy dudoso que la inexistencia de beneficios pueda considerarse como causa imputable al deudor de la falta de cumplimiento de la obligación, con las consecuencias que de ello se derivarían. En definitiva, que parece que la intención del legislador es impedir que los socios o administradores hagan préstamos a la sociedad, lo cual es explicable en caso de los últimos o de socios mayoritarios o predominantes, pero difícilmente en el del titular de pocas o una sola acción y, en todo caso, no va a favorecer la financiación de las SAD.

El pago del crédito incumpliendo estas reglas puede ser impugnado, incluso, según FUERTES LÓPEZ *-op. cit.,* pág. 79- por la liga o federación correspondiente.

XI. Transformación

1. La Disposición Transitoria Primera de la Ley del Deporte ordena que “Los clubes actualmente existentes que participen en competiciones de carácter profesional se transformarán en Sociedades Anónimas Deportivas por efecto de esta Ley, una vez que concluya el proceso contemplado en los apartados siguientes.

Los clubes deportivos no contemplados en ellas que no realicen la transformación o adscripción del equipo profesional,

en los plazos estipulados reglamentariamente, no podrán participar en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, quedando excluidos del plan de saneamiento.”

El número 1 de la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto de 5 de julio de 1991 (70) reitera esta norma, que queda precisada en los números 2 y 3 de la misma Disposición Transitoria:

2. “2. No obstante lo dispuesto en el punto anterior, aquellos clubes que cuenten con secciones deportivas profesionales y no profesionales podrán mantener su actual estructura jurídica para los equipos no profesionales. Respecto de los equipos profesionales deberán ser adscritos a una Sociedad Anónima Deportiva de nueva creación, para cada uno de los equipos, aportando a la misma los recursos personales y materiales correspondientes, en los términos que se indican en las disposiciones siguientes.

107

3. Quedan exceptuados de la transformación o adscripción obligatoria a que se refieren los puntos anteriores, los clubes contemplados en las disposiciones adicionales séptima y octava de la Ley del Deporte (71).”

3. La transformación en sociedades anónimas que prevé la Ley del Deporte es una novedad en nuestro ordenamiento. Hasta entonces, los clubes deportivos son asociaciones, y como tales su patrimonio no debe pasar en ningún caso a los asociados, ni durante la vida de la asociación, que no reparte beneficios, ni a su disolución, supuesto en el que sus bienes deben tener el destino que prevé el artículo 39

(70) “Los clubes actualmente existentes que participen en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, vienen obligados, en virtud de lo previsto en la Ley del Deporte, a transformarse en Sociedades Anónimas Deportivas, en los términos que se expresan en las disposiciones siguientes. Los clubes deportivos que no se adecúen al proceso regulado en esta disposición y en los plazos que se estipulan, no podrán participar en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal.”

(71) *Vid.* nota (4).

del Código civil. En lo sucesivo, podrá no ser así. Si un club se transforma en sociedad anónima deportiva, el patrimonio de aquél se transferirá a ésta. Es cierto que en muchos casos, en la mayoría tal vez, el patrimonio será negativo, con mayor pasivo que activo, pero puede no ser así. Los asociados tienen la posibilidad de convertirse en socios, y, mediante el procedimiento correspondiente, acordar inmediatamente la disolución de la sociedad, con el consiguiente derecho a la cuota de disolución, que, si el patrimonio aportado era positivo, superará en cuantía a su propia aportación al suscribir. De esta forma, el patrimonio acumulado por una asociación no lucrativa puede ir a parar a manos particulares, los nuevos socios, que con frecuencia no habrán contribuido en nada a la formación de dicho patrimonio.

La transformación de un club en sociedad anónima deportiva produce la asunción por ésta en todos los derechos y obligaciones de que era titular aquél (72). Más dificultades acarreará la adscripción a una SAD de nueva creación de los equipos profesionales de un club que subsista en su forma antigua para sus secciones no profesionales. En este caso lo que se transfiere a la nueva sociedad son los recursos personales y materiales correspondientes. Esta adscripción se hace conforme a las reglas de transformación de los clubes en SAD (73), mediante unos criterios que trata de fijar el apartado f) de la Disposición Adicional Segunda del

(72) Disposición Transitoria Octava del Real Decreto: "La transformación de clubes en Sociedades Anónimas Deportivas a que se refieren las disposiciones anteriores, no supondrá cambio en la personalidad jurídica de aquéllos, que se mantendrá bajo la nueva forma social". Así se recoge el apartado 3 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley, cuyo párrafo 2.º añade que "Estarán exentos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados todos los actos necesarios para la gestión del equipo profesional que corresponda", lo cual, sin duda, comprende la transformación en SAD.

(73) Disposición Transitoria Segunda e) del Real Decreto: "Si el club optara por la adscripción del equipo profesional y la aportación de sus recursos a una Sociedad Anónima Deportiva de nueva creación, ésta deberá ser constituida por la Junta Directiva, acomodándose a las reglas para la transformación de los clubes en Sociedades Anónimas Deportivas que se contienen en esta disposición".

Real Decreto (74). Y que ocasiona muchos problemas. Por ejemplo, no es fácil saber qué bienes materiales del activo pueden constituir una entidad económica asociada al equipo profesional, pues habrá algunos que sirviendo para la actividad del equipo profesional sean utilizados más o menos frecuentemente por secciones no profesionales. Lo que se llama recursos personales son contratos laborales, y está claro que el empleador no puede transferir sus derechos derivados de los mismos a un tercero, como sería la nueva sociedad, sin el consentimiento del trabajador. Habrá que delimitar cuáles son los “recursos personales” que puedan considerarse “generados” como consecuencia de la existencia de un equipo profesional, lo que puede predicarse respecto de jugadores y técnicos, pero muy dudosamente respecto de otros empleados o trabajadores, desde facultativos a administrativos y obreros. La adscripción de pasivos significa la asunción de deudas por la nueva persona jurídica creada, y no parece posible que el club cedente, que continúa existiendo, pueda quedar exonerado sin el consentimiento del acreedor. La valoración de los recursos humanos como activo patrimonial es de una enorme dificultad. La adscripción de recursos a una nueva SAD parece un acto gratuito –por lo menos cuando el activo transmitido sea superior al pasivo–, sin que sea posible aplicar por analogía las reglas de la excisión de sociedades anónimas, dada la diferente naturaleza de éstas y las asociaciones deportivas actualmente existentes.

(74) “A los efectos previstos en el punto anterior, se entenderá que los recursos del equipo profesional están integrados por:

1.º Aquéllos activos y/o pasivos que, asociados al equipo profesional, constituyan una Entidad económica dentro del Club.

2.º Se entenderá forman una Entidad económica aquellos activos y/o pasivos que necesaria e inequívocamente se hayan generado como consecuencia de la existencia del equipo profesional y se encuentren al servicio de éste.

La valoración de las aportaciones se realizará al valor neto contable que dichos activos y pasivos tuvieran en el Club Deportivo.”

4. La Disposición Transitoria Primera 2 de la Ley del Deporte, desarrollada por la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto, dicta normas para la transformación o adscripción. Mencionaremos algunas de mayor contenido jurídico.

La constitución de la nueva SAD sigue un procedimiento *sui generis* que no es ni fundación simultánea (75) ni sucesiva, sino que se aproxima más al de transformación de sociedades, aunque con la diferencia esencial de que los antiguos socios dejan de serlo sin recibir nada a cambio, sin perjuicio de que tengan determinada preferencia a suscribir las acciones de la nueva sociedad. La constitución de ésta corresponde a las juntas directivas de los clubes que se transforman o transmiten su equipo profesional, actuando primero como promotores y después como representantes de los suscriptores, sin perjuicio de que sea necesario el previo acuerdo de transformación tomado por la asamblea general, como órgano supremo de decisión del club (76).

El pago del crédito incumpliendo estas reglas puede ser impugnado, según FUERTES LÓPEZ *-op. cit.*, pág. 79- por la liga o federación correspondiente.

5. "A efectos de inscripción y desembolso del capital, la Junta Directiva deberá ofrecer las acciones en que se divida el capital a los socios del club, de modo que cada uno de ellos pueda suscribir igual número de acciones. Si en el plazo de treinta días no se suscribiesen todas las acciones, éstas deberán ser ofrecidas nuevamente a los socios que ya hubiesen suscrito en la primera opción, en las mis-

(75) Aunque la Disposición Transitoria Tercera 1, al final de su párrafo segundo dice que serán de aplicación los preceptos que sobre la fundación simultánea se contienen en la Ley de Sociedades Anónimas.

(76) CAZORLA PRIETO *-op. cit.*, pág. 67- cree que no es necesario en los clubes cuya transformación es obligatoria por tratarse de una obligación legal, pero olvida que podrían optar por continuar como tales y dejar de participar en competiciones profesionales.

mas condiciones de igualdad, durante el plazo de treinta días (77).

Si dentro de este plazo se suscribiesen todas las acciones, se procederá al otorgamiento de la escritura de constitución y posterior inscripción en los registros correspondientes, siendo de aplicación los preceptos que sobre la fundación simultánea se contienen en la Ley de Sociedades Anónimas" (Disposición Transitoria Tercera 1 del Real Decreto.)

Huelga decir la importancia que tiene la existencia de una correcta lista de socios del club a transformar, no sólo para determinar las personas que tienen este derecho preferente de suscripción, sino para fijar cuántas acciones corresponden a cada uno. Si el número de acciones no es divisible por el número de socios será inevitable atribuir fracciones o cuotas indivisas de acción, lo que se eludirá más fácilmente cuanto más bajo sea el valor nominal de la acción. Una solución sería entender que el resto de acciones, una vez hecha la división entre las emitidas y el número de socios, quede directamente para la segunda opción.

111

La ley no dice que las acciones deban emitirse a la par. No puede hacerse por bajo de su valor nominal, pero sí por encima, con prima, según el artículo 47 LSA. Esta última posibilidad, aunque explicable en el raro caso de que el club que se transforme aporte más activo que pasivo, puede dificultar la adquisición de las acciones por los socios, tanto más cuanto más elevada sea la prima. El deseo del legislador de facilitar la continuidad de éstos en la nueva entidad, que se refleja en el límite del valor de las acciones en el momento de la constitución (78) quedaría mejor ase-

(77) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA ofrece un ejemplo práctico de cómo ha de hacerse la suscripción en su trabajo "La suscripción de acciones en la conversión de Clubes Deportivos en Sociedades Anónimas Deportivas y en la adscripción a una sociedad anónima del equipo profesional" publicado en la *Revista General de Derecho*, año XLVIII, núms. 574-575, 1992, págs. 6523 y ss.

(78) Y en caso de ampliación, puesto que al deber ser todas las acciones del mismo valor, las nuevas no podrían superar el límite. Pero nada hay en la letra de la ley que impida que por vía de modificación de estatutos, sin alteración del capi-

gurado si dicho límite se refiriese al valor efectivo, es decir, a lo que tenga que desembolsar el suscriptor, pero el artículo 6.º,2 LD no deja resquicio a esta interpretación.

6. “Si transcurrido el plazo de la segunda opción a los socios, quedasen acciones sin suscribir, la Junta Directiva decidirá sobre la forma de suscripción de las mismas. En todo caso, los Estatutos preverán la fórmula en que la Junta Directiva, recabando la opinión de los socios, decida sobre la suscripción” (Disposición Transitoria Tercera 2 del RD).

He aquí, pues, una nueva mención necesaria en los estatutos, cuya ausencia debe determinar la no inscripción de la sociedad. Es una especie de disposición estatutaria transitoria, porque sólo tiene eficacia en el momento de la constitución, ya que en sucesivos aumentos de capital la suscripción se hará conforme a la legislación de sociedades anónimas, incluso en lo que respecta al derecho preferente de los socios. Los límites de las facultades de la junta directiva no están regulados, pero parece que algunos debe haber. No parece posible que la norma estatutaria le facultara para elegir caprichosa o discriminadamente las personas que pudieran suscribir, o que se le impusiera que todas las acciones fuesen suscritas por una sola persona, etc. Lo lógico es que se recurra a la suscripción pública y los estatutos se limiten a señalar plazos o requisitos o tal vez preferencias. También parece necesario que se prevea cómo debe recabar la junta directiva la opinión de los socios, opinión que es meramente consultiva, puesto que la decisión, como dice claramente el precepto, es privativa de la junta. No es necesario que se exprese en asamblea o junta y podría hacerse mediante consulta escrita. No está claro qué se entiende por socios, si los del club que se transforma o los que ya hayan suscrito acciones, aunque deben ser los primeros, ya que mientras la

tal social o con disminución de éste, se transformara el valor nominal de las acciones por encima de 10.000 pesetas.

suscripción no se haya completado no puede nacer la nueva sociedad ni por tanto hablarse de socios de ésta, por más que parezca incongruente que haya que recabar el parecer de personas que no desean participar en la nueva sociedad y que a tales personas les confiera un derecho los estatutos de una entidad de la que no van a ser miembros.

7. Disposición Transitoria Tercera 3 RD: “Los clubes que opten por la adscripción del equipo profesional no podrán ser titulares de más del 10 por 100 de las acciones de la Sociedad Anónima Deportiva de nueva creación. El procedimiento de la suscripción será el contenido en las disposiciones anteriores, con derecho preferente del club en la suscripción de las acciones al tiempo de constitución de la sociedad”.

Esta norma, al establecer un derecho de preferencia en la suscripción de acciones distinto del de los socios del club transformado, llega a hacer dudar de si este derecho de los socios sólo existirá en el caso de transformación y no en el de adscripción a una sociedad nueva del equipo profesional. Rechazada esta posibilidad, porque el apartado e) de la Disposición Transitoria Segunda ordena la aplicación al último caso de las reglas de la transformación (79), sin excluir las relativas a la suscripción, surge el problema de determinar el orden de preferencia entre el club que subsiste y los socios de éste en el momento de la adscripción, independientemente de que después de realizada causen baja como tales. No encontramos otra solución que entender que en la primera opción el club tiene preferencia para suscribir el máximo permitido, es decir el 10 por 100, quedando el 90 por 100 restante para los socios, sin que el propio club puede tomar parte en la segunda opción cuando, por medio de su junta directiva, no haya agotado en la primera su derecho preferente.

(79) Vid. nota (75).

8. Disposición Transitoria Tercera 4 RD: "En el caso de que en los plazos previstos en esta disposición, no se consiguiese la suscripción total de al menos el capital mínimo, el club no podrá participar en competiciones de carácter profesional, y ámbito estatal".

A *sensu contrario* resulta que si no se cubre todo el capital previsto pero sí el mínimo legal, puede participar en dichas competiciones. Pero, ¿en concepto de qué? Como clubes no es posible, porque lo prohíbe la Disposición Adicional Primera 1 de la Ley del Deporte en su segundo párrafo (80), sin que quepa suponer que el plazo de adaptación al nuevo sistema queda ilimitadamente suspendido hasta que consiga la transformación. Como sociedades anónimas deportivas en constitución, aún menos, porque sólo las ya constituidas pueden participar en dichas competiciones. Y sociedades anónimas deportivas aún no son, puesto que el artículo 12 LSA exige la suscripción de la totalidad del capital para su nacimiento. Una solución práctica sería que una vez agotado el plazo acordado por la junta general para el último período de suscripción, si no se hubiera cubierto el capital previsto pero sí el mínimo legal, la propia junta pudiera modificar aquél, reduciéndolo a la cuantía suscrita, pero jurídicamente no es muy ortodoxo admitir que la suscripción de acciones que haga una persona en consideración a unos estatutos le obligue cuando éstos han sido modificados sin su consentimiento.

9. "Los clubes deportivos que, por ascenso o por cualquier otro procedimiento previsto en las normas reguladoras de las competiciones, obtengan el derecho a participar en competiciones profesionales, seguirán el mismo procedimiento que para la transformación de clubes en Sociedades Anónimas Deportivas se contiene en este presente Real Decreto.

(80) *Vid. supra.*

El término del plazo para la transformación en Sociedades Anónimas Deportivas será el último día del año correspondiente a la finalización de la temporada en que comience su participación en la competición profesional...” (Disposición Adicional 4.^a). Si en dicha temporada perdiese el derecho a participar en la competición profesional para la siguiente, parece lógico que desaparezca su obligación de transformarse en SAD.

10. “Las Juntas Directivas de cada Club quedan autorizadas para adaptar los actuales Estatutos al régimen señalado en la presente Ley para las Sociedades Anónimas Deportivas, o constituir una de estas sociedades para la gestión del equipo profesional que corresponda” (Disposición Transitoria Primera 2 d).

“Para el otorgamiento de la escritura pública los suscriptores de las acciones se entienden representados, por ministerio de la ley, por la Junta Directiva del Club de que se trate” (Disposición Transitoria Primera 2 f) de la Ley, y en términos casi idénticos, Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto).

“Una vez concluido el proceso de transformación de los clubes que corresponda en Sociedades Anónimas Deportivas, la Junta Directiva convocará Junta General de Accionistas para la elección de los órganos de gobierno y representación” (Disposición Transitoria Primera 2 h) de la Ley y en términos casi idénticos, Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto). Esto significa que la junta directiva del extinguido club será el órgano de administración de la nueva sociedad hasta que pueda entrar en funcionamiento el consejo de administración elegido, si bien sus facultades deben entenderse limitadas a los actos estrictamente indispensables para el funcionamiento de la sociedad.

**SOBRE EL PÁRRAFO SEGUNDO
DEL ARTÍCULO 53 DE LA LEY CAMBIARIA
Y DEL CHEQUE: CONSIDERACIONES
RELATIVAS AL LUGAR Y A LA FORMA
DE PAGO DEL EFECTO PROTESTADO**

117

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ ÁLVAREZ

Notario

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y SOLUCIÓN PROPUESTA. LIMITACIONES DERIVADAS DE: LA BUENA FE Y EL ABUSO DE DERECHO. **II.** NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA QUE VINCULA AL NOTARIO PARA CON EL TENEDOR DEL EFECTO PROTESTADO Y PARA CON EL PAGADOR. SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LOS DEPÓSITOS NOTARIALES. REFERENCIA A LOS ARTÍCULOS 303 Y 308 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y ARTÍCULO 1.770 DEL CÓDIGO CIVIL. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LOS ARTÍCULOS 1.783 Y 1.784 DEL CÓDIGO CIVIL. **III.** INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 53 DE LA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE. **A.** Gramatical. **B.** Finalista.

C. Realidad social. **D.** Analógica. **1.** *Resolución de la DGRN de 21 de julio de 1983.* **2.** *Artículos 216 y siguientes del Reglamento Notarial.* **IV.** PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO. **V.** PRINCIPIO DE LA AUTOORGANIZACIÓN. **VI.** LOS PODERES Y FACULTADES DE DIRECCIÓN QUE EL OBLIGADO OSTENTA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. **VII.** IMPOSIBILIDAD DEL EJERCICIO EMPRESARIAL Y MERCANTIL DE ACTIVIDADES PROFESIONALES Y VICEVERSA. **RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE ABRIL DE 1993.** **VIII.** DUALIDAD DE CATEGORÍAS DE OBLIGACIONES QUE PARA EL NOTARIO SE DERIVAN EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL. **IX.** OTROS ARGUMENTOS NO JURÍDICOS: LA PRUDENCIA Y EXPERIENCIA. RECOMENDACIONES DE LOS CENTROS DIRECTIVOS.

I. Planteamiento del problema y solución propuesta. Limitaciones derivadas de: la buena fe y el abuso de derecho

El artículo 53, párrafo 2.º de la Ley Cambiaria y del Cheque, dice así:

“Si éste fuere por falta de pago y el pagador se presentare en dicho plazo a satisfacer el importe de la letra y los gastos del protesto, el notario admitirá el pago, haciéndole entrega de la letra con diligencia en la misma y en el acta de haberse pagado y cancelado el protesto.”

Pues bien, si bien es cierto que la autorización de las actas de protesto de letras de cambio y demás efectos mercantiles, su número en la actualidad ha disminuido, no es menos cierto que toda la cuestión referente al pago de los mismos en dicha fase de protesto, así como lo relativo a la recepción, guarda, custodia, conservación y restitución del dinero

y metálico procedente de dichos pagos, constituye, parece ser, uno de los supuestos de siniestralidad más comunes cubiertos en parte por el seguro de responsabilidad civil, a la vez que fuente de responsabilidad patrimonial importante para el notario, de consecuencias graves e importantes, tales como: indemnización por fuertes sumas, incremento y subida en los costes de las primas de seguro de responsabilidad, dificultades en su renovación, etc.

Por ello, considero que es ésta una cuestión lo suficientemente importante como para dedicarle un breve estudio, que a la vez sirva en la justa medida de reflexión en lo relativo al lugar y a la forma o modo más conveniente y deseable a la vez que legalmente posible, en que deba tener lugar o realizarse el pago efectivo de las cambiales y efectos en esta fase de protesto, precisamente cuando se encuentran depositados en poder del notario autorizante de las correspondientes actas.

Parece ser postura usual, y mi propia experiencia así me lo indica, que el criterio empleado más generalizado para el pago es el siguiente:

a) Apertura por parte del notario y a su nombre, de una cuenta especial y separada denominada de "protestos", en entidad bancaria que libremente elija con arreglo a criterios de proximidad a su despacho, destinándola única y exclusivamente al pago de los efectos protestados.

b) Remitir al pagador del efecto protestado que lo desee pagar, al domicilio de dicha entidad, a fin de que lo efectúe mediante ingreso en la cuenta corriente anteriormente dicha. Con lo que verificado el mismo, y acreditado que sea en la notaría mediante la correspondiente certificación bancaria, se procederá por parte del notario a la devolución del efecto, con diligencia puesta en el mismo y en el acta de haberse pagado y cancelado el protesto.

Si bien tal criterio suele ser admitido por la mayoría de los pagadores sin problema alguno, es frecuente también el supuesto de aquel que alegando incomodidad e invocando pretendidos derechos sobre la base de correlativas obligacio-

nes que al notario la Ley le impone, rehúsa a efectuar el pago en la forma propuesta y trata de imponer al notario el pago del efecto en metálico y en la propia notaría.

Así planteada la cuestión, el tema se reconduce sin más al párrafo 2.º del artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque, lo que obliga a un análisis y estudio del mismo, así como de otros preceptos con él relacionados, localizados, por ser materia de Derecho de obligaciones y contratos, en el Libro IV del Código civil.

Eso sí, sometido el ejercicio de tal derecho por parte del notario a las limitaciones derivadas de la BUENA FE Y EL ABUSO DE DERECHO, como limitaciones intrínsecas al ejercicio de todo derecho subjetivo. En tal sentido, la pretensión por parte del notario de que el pago de un efecto deba de tener lugar mediante ingreso en determinada cuenta aperturada a su nombre en una entidad bancaria con domicilio alejado del de la notaría, o establecida en un barrio o calle situada en la ciudad al otro extremo del de la notaría, existiendo otras más cercanas, etc., se debe considerar como abusiva y contraria a los postulados y exigencias de la buena fe.

Al contrario, no considero abusiva tal pretensión por el hecho de que el importe del efecto a pagar sea o constituya una cantidad de poca o escasa importancia, pues a salvo y cumpliendo con las limitaciones dichas, los argumentos razonados y expuestos sirven para justificar y admitir tal posibilidad en cuanto a la forma del pago con relación a cualquier efecto y con independencia de su cuantía, al concurrir "identidad de ratio".

Estos mismos límites operarían de igual manera pero a contrario y respecto del pagador, caso de sostener y argumentar la posición opuesta:

O sea, la que defiende que el pagador si así lo desea puede abonar el importe del efecto impagado y protestado en la propia notaría y en efectivo metálico.

En tal sentido, el pagador que pretendiera empecinadamente hacer efectivo el importe de una cambial por una

suma de cien mil pesetas supongamos, bien en moneda fraccionaria de una peseta, o bien de cinco pesetas, o ya en monedas de cien pesetas, revelaría una clara, manifiesta e inequívoca mala fe por su parte deducida de su propia conducta; a la vez que estaría ejercitando abusivamente el pretendido derecho que le asistiera. Conducta ésta que en modo alguno estaría amparada y protegida por el Derecho objetivo, y sí en cambio sancionada por éste (art. 7, números 1 y 2 del Código civil).

II. Naturaleza de la relación jurídica que vincula al notario para con el tenedor del efecto protestado y para con el pagador. Su incidencia en el ámbito de los depósitos notariales. Referencia a los artículos 303 y 308 del Código de Comercio y artículo 1.770 del Código civil. Aplicación analógica de los artículos 1.783 y 1.784 del Código civil

121

A. Naturaleza.

Como consecuencia de la obligación que al notario la Ley le impone, de admitir al pagador el pago de la cambial, el notario se constituye por imposición legal en DEPOSITARIO de fondos ajenos, sin o en contra de su voluntad, y en todo caso independientemente de la misma, una vez recibidos los fondos del pago a cuya recepción por imposición legal queda obligado, y todo ello en virtud de UN DEPÓSITO DE NATURALEZA CIVIL que califico DE NECESARIO, GRATUITO E IRREGULAR si el efecto fuera pagado (art. 1.781 del Código civil). Caso contrario, de que el efecto presentado y depositado en el notario para su protesto no fuese pagado en esta fase, el depósito será REGULAR por lo que se refiere a las relaciones entre notario y tenedor presentante respecto al efecto impagado, a cuya devolución, lógicamente, el notario queda obligado. Y asumiendo obligaciones no solamente de

restitución, sino además de guarda, custodia y cuidado de los efectos y fondos depositados y a él confiados.

Por lo que resulta lógico y prudente que por parte del notario se adopten con sumo rigor y celo las medidas cautelares oportunas que a bien tenga, en orden a la recepción, guarda y custodia de los fondos depositados, y a fin de que pueda cumplir bien y fielmente con las obligaciones dichas, evitándole correr riesgos innecesarios de consecuencias dañosas, imprevisibles y no deseables (hurto, robo, apropiación indebida, infidelidades y deslealtades de empleados, etc.) y de las que sin lugar a duda respondería.

Tales medidas y cautelas, considero corresponde adoptarlas al propio notario exclusivamente, ya que en definitiva, sólo él será el único eventual y posible responsable del incumplimiento de obligaciones asumidas por imposición legal. Y si el notario considera que para el mejor cumplimiento de las obligaciones que asume, el pago de la cambial habrá de efectuarse mediante ingreso en cuenta corriente determinada, su actuación la considero como correcta y legal.

122

Por cierto y al hilo de la cuestión planteada relativa a la naturaleza, considero que todos los “DEPÓSITOS NOTARIALES” en los que unas veces y por ministerio de la ley (necesarios u obligatorios) y otras por convenio o pacto (voluntarios), el notario en el ejercicio de las funciones inherentes a su actividad y en cuanto tal, se constituye en depositario de bienes o fondos ajenos, son depósitos de NATURALEZA CIVIL SIEMPRE, necesarios o voluntarios, regulares o irregulares, retribuidos o gratuitos según los casos, pero NUNCA y en ningún caso de naturaleza mercantil. Y ello por no concurrir en la persona del notario el requisito previsto en el n.º 1 del artículo 303 del Código de Comercio, que exige la concurrencia de la condición de comerciante en la persona del depositario, a fin de poder calificar el depósito como mercantil. Y evidentemente el notario no es comerciante.

Precisamente esta peculiar naturaleza de los depósitos notariales conlleva importantes consecuencias y características

para otros tipos de depósitos en que los notarios podemos vernos implicados. Por ello, una referencia, aunque breve, merecen los artículos 308 del Código de Comercio y 1.770 del Código civil. Su trascendencia práctica sugiere un comentario que aclare conceptos y desvanezca dudas.

Pues bien, lo dicho más arriba respecto a la naturaleza de los depósitos de efectos presentados al notario para su protesto y de los fondos que el notario recibe procedentes de aquéllos cuyo pago se hubiese atendido y efectuado, me da pie y base suficiente para negar y EXCLUIR en el ámbito de los depósitos notariales y demás civiles, la aplicación del artículo 308 del Código de Comercio, que dispone:

“Los depositarios de títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses, quedan obligados a realizar el cobro de éstos en las épocas de sus vencimientos, así como también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las disposiciones legales.”

123

En efecto, la aplicación del artículo 308 del Código de Comercio encuentra sobrada justificación en el ámbito del DEPÓSITO MERCANTIL, habida cuenta de su carácter DINÁMICO Y RETRIBUIDO, en contra del carácter eminentemente ESTÁTICO Y NATURALMENTE GRATUITO del DEPÓSITO CIVIL. Y tal carácter dinámico y retribuido justifica la razón de ser y la existencia de esta particular y especial OBLIGACIÓN DE HACER AÑADIDA que el artículo 308 del Código de Comercio impone al depositario mercantil.

Brevemente y sin ánimo de extenderme, ya que se trata de una cuestión que se sale del tema aquí planteado, considero que la obligación impuesta al depositario mercantil por el artículo 308 del Código de Comercio, ante la ausencia en el Código civil de norma expresa de contenido análogo, no puede entenderse comprendida ni incluida dentro de la obligación que el artículo 1.770 del Código civil impone al depositario

civil, al establecer que: "La cosa depositada será devuelta con todos sus productos y accesiones"; y ello por lo siguiente:

El artículo 308 del Código de Comercio tiene un contenido particular y concreto que exige y obliga al depositario al cumplimiento de una obligación de hacer específica y concreta, añadida, accesoria y complementaria a las otras obligaciones inherentes al contrato de depósito en el ámbito mercantil, imponiéndole una determinada conducta o actividad a realizar por él, lo que encuentra justificación en: la condición de comerciante en la persona del depositario, constituir una actividad naturalmente retribuida y en el carácter dinámico del depósito mercantil.

Por el contrario, el artículo 1.770 del Código civil tiene un contenido más general y obliga al depositario al cumplimiento de una obligación más genérica de simple restitución en todo caso (cosa depositada, productos y accesiones), desprovista y sin referencia alguna a esa otra obligación de hacer añadida que el artículo 308 del Código de Comercio impone, lo que se justifica en la condición de no profesional ni de comerciante del depositario, en su carácter estático y naturalmente gratuito. Obliga al depositario civil a la devolución de las accesiones y productos que la cosa depositada por sí y naturalmente produzca, y en cuyo proceso de producción y percepción, no se exija la intervención del depositario ni se requiera del mismo una determinada conducta o actividad a realizar por él.

Por otro lado, la obligación impuesta por el artículo 1.770 del Código civil no es sino consecuencia del principio de la accesión que el Código civil establece en el artículo 353. Y la no devolución de los productos y accesiones provocaría además un enriquecimiento injustificado por parte del depositario a costa del depositante.

El artículo 308 del Código de Comercio no se detiene ni se conforma en la simple restitución de intereses, sino que impone además al depositario la obligación de cobrarlos si preciso fuere; así como realizar los actos precisos para que

los efectos depositados no se perjudiquen, y conserven el valor y los derechos que les correspondan.

Si la obligación impuesta por el artículo 308 del Código de Comercio se considerara incluida y subsumida para el contrato de depósito civil en la más genérica que el artículo 1.770 del Código civil establece, sobraría y haría innecesario el artículo 308 del Código de Comercio, ya que el artículo 1.770 del Código civil se aplicaría en el ámbito de depósito mercantil simplemente por remisión y en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, n.º 3, del Código civil, y en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio; y si bien es cierto que el Código civil se aplica como supletorio del de Comercio en el ámbito mercantil, no ocurre lo mismo a la inversa y a contrario.

Que la obligación que el artículo 308 del Código de Comercio impone, no es exigible al depositario en el ámbito del depósito civil, con el mismo sentido, tenor y dicción literal que aquel precepto establece, parece asimismo resultar del segundo párrafo del artículo 1.770 del Código civil, que regula la restitución de los depósitos de dinero. Dicho precepto establece que: consistiendo el depósito en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto respecto al mandatario en el artículo 1.724. No dice ni establece nada más, ni impone ninguna otra obligación.

En efecto, dicho precepto se limita a remitirse a las normas del mandato para regular el supuesto caso de que el depositario hubiera aplicado o se hubiera servido del dinero que en depósito se le confió; pero no impone al depositario civil de dinero aquella otra obligación de hacer tan específica y concreta, como la que el artículo 308 del Código de Comercio impone al depositario mercantil, ni tan siquiera hace remisión expresa a este último precepto.

Todo ello SIN PERJUICIO de que al margen y con independencia de su no obligatoriedad, los notarios en el cumplimiento de las obligaciones inherentes a tales depósitos, y preocupados de cumplir los mismos con sumo celo y rigor,

y de la manera más conveniente a los intereses del depositante, le demos voluntaria y gustosa aplicación al artículo 308 del Código de Comercio, procurando su más estricta observancia siempre y cuando fuese posible.

Inaplicación e inexigibilidad en el cumplimiento de esta obligación, que en modo alguno significa, a la vez que ni supone ni puede suponer inobservancia ni toque de llamada al incumplimiento. Simplemente significa y quiero con ello decir, que de su incumplimiento no se deriva ni se genera responsabilidad alguna, al no ser el artículo 308 del Código de Comercio en el ámbito de los depósitos notariales que nos ocupa, norma de aplicación obligatoria y de cumplimiento inexcusable.

Lo dicho no es obstáculo a que el notario o el depositario civil voluntariamente asuman las obligaciones que impone el susodicho artículo 308 del Código de Comercio, por así haberlo expresamente convenido con el depositante al constituir el contrato de depósito; dando lugar y por pacto, a la figura del “depósito administrado” en el ámbito del depósito civil.

B. Artículos 1.783 y 1.784 del Código civil.

Incluye el Código civil dos simpáticos y anecdóticos artículos por su contenido singular y redacción decimonónica y que, sin embargo, por su importancia y trascendencia en modo alguno desmerecen, por lo que se refiere a su aplicación concreta al presente caso. Me refiero a los artículos 1.783 y 1.784 del Código civil. Establecen que los fondistas y mesoneros responderán como depositarios siempre y cuando se les hubiera dado conocimiento de los efectos introducidos, y además los viajeros hubiesen observado las prevenciones que los posaderos y mesoneros les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de los efectos introducidos y depositados.

Preceptos éstos que considero aplicables al supuesto debatido y aquí contemplado, por interpretación y aplicación

analógica de los mismos, al concurrir identidad de ratio. Toda vez que no considero desde el punto de vista jurídico y por lo que se refiere a la cuestión planteada, que la ley nos haga desmerecer a los notarios, aplicándonos un tratamiento de desfavor ante una situación similar a la que aquellos preceptos contemplan.

De todo ello se deduce que es principio constante y de general aplicación en el ámbito de los depósitos obligatorios o necesarios, el que el depositante ha de ajustarse, observar y pasar por las condiciones, medidas y cautelas que el depositario establezca.

Principio éste que encuentra sobrada justificación en el hecho de que siendo tales depósitos obligatorios para el depositario, a él se le deben dar a la vez que facilidades, amplias facultades, con el fin de no entorpecer y sí de posibilitarle el cumplimiento de las obligaciones de recepción, guarda y restitución, inherentes a la figura del contrato de depósito. Haciéndole y en la medida de lo posible, menos gravosas las obligaciones que asume y de cuyo cumplimiento responde.

127

Y si del cumplimiento de tales obligaciones responde, al depositario corresponde adoptar las medidas y cautelas que a bien tenga, a fin de procurar su fiel y exacto cumplimiento, y con ello exonerarse de toda posible y eventual responsabilidad.

III. Interpretación del párrafo segundo del artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque

El artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque, con un contenido idéntico al antiguo artículo 506 del Código de Comercio, impone al notario la obligación de admitir el pago, si en tiempo y plazo hábil, el pagador se presentara a satisfacer el importe de la letra y los gastos de protesto. Al establecer que: ... "EL NOTARIO ADMITIRÁ EL PAGO".

Si bien, tanto la Ley Cambiaria como el Código de Comercio guardan silencio, al no regular ni el lugar ni la forma, el modo o manera en que se ha de materializar, instrumentar o llevar a efecto el pago del importe de las cambiales. En definitiva, deja sin regular la recepción de los fondos ajenos que por motivo y causa del pago el notario recibe, constituyéndose en depositario y asumiendo las obligaciones de guarda, custodia y restitución.

A. Gramatical.

128

Así planteado el tema, cabe preguntarse si el pagador puede imponer al notario el pago de la cambial, así como el de cualquier efecto, en efectivo metálico y en la propia notaría, de manera que éste quede obligado y deba pasar por ello. O POR EL CONTRARIO, EL LUGAR Y LA FORMA en que el PAGO haya de tener lugar, es una CUESTIÓN QUE DEBE DECIDIR ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE EL NOTARIO DEPOSITARIO. Yo me inclino por esta segunda postura; y ello en base a razones y argumentos que tendré ocasión de exponer.

Así las cosas cabe plantearse una nueva cuestión: ¿Incumple el notario la obligación que la Ley impone de admitir el pago de los importes de las cambiales y efectos protestados, cuando establece que la recepción de los fondos en que los pagos consistan, o sea, que el pago de los importes de los efectos protestados, se efectúen mediante ingreso en la cuenta corriente a nombre del notario apertura da en determinada entidad bancaria?

No creo que el notario incumpla ni mucho menos, creo que además cumple de manera más prudente, más esmerada, más fina y exquisita que de admitir el pago de tales importes en dinero metálico y en su propia notaría. Tal vez, no de la manera más complaciente para el pagador, pero en todo caso de la forma más conveniente para todos, incluso para él mismo. Y digo no complaciente para el pagador, por la razón de que quizás ello le suponga molestias añadidas de

desplazamiento, etc., respecto de las cuales el notario es absolutamente extraño y ajeno. En modo alguno ni el origen ni la causa de las mismas; quizás tal causa habría que buscarla y sin duda alguna se encontraría, en el previo INCUMPLIMIENTO de las obligaciones cambiarias a su vencimiento.

Si tal pretendida obligación de recepción material y directa en efectivo metálico y en su propia notaría de los importes de las cambiales y efectos, no se la impone la Ley al notario, no encuentro razón alguna en virtud de la cual deba de asumirla, a no ser que libre y voluntariamente la asuma, en cuyo caso de su cumplimiento responde; toda vez que, LAS OBLIGACIONES QUE TIENEN SU ORIGEN EN LA LEY NO SE PRESUMEN, DEBEN SER EXPRESAS, Y NO PUEDEN EXTENDERSE A MÁS DE LO EXPRESAMENTE COMPRENDIDO EN LAS MISMAS (ART. 1.090 CÓDIGO CIVIL). Y toda duda interpretativa debe ser resuelta en beneficio del deudor, en base al principio *in favor debitoris*, que duda cabe que el deudor al que me refiero en estos momentos es el notario depositario.

129

Por todo ello, no hagamos decir torticeramente a la Ley lo que ni dice ni quiere decir. Ni obliguemos al notario al cumplimiento de obligaciones que la Ley ni le exige ni le impone, ni él voluntariamente asume.

EN EL ÁMBITO DEL DERECHO MERCANTIL, muchas veces las palabras y términos empleados no tienen desde el punto de vista semántico el mismo significado que les da el Diccionario de la Lengua, o con el que se emplean en el lenguaje coloquial; es más, a veces ni tan siquiera tienen el mismo significado con que se emplean en el ámbito del Derecho civil. En definitiva, tienen un significado particular, propio y específico.

Así y a título de ejemplo, la frase “tener a disposición” que utilizan los artículos 333 y 337 a 339 del Código de Comercio, no significa según los casos que el comprador tenga las mercaderías en su poder y posesión (sin perjuicio de que así sea), ni que el vendedor, salvo pacto contrario, tenga la obligación de desplazarse materialmente a fin de

efectuar la entrega material, física y efectiva al comprador (sin perjuicio de que lo haga).

Significa, según entiende la doctrina mercantilista generalizada (GARRIGUES, URÍA, etc.) que el vendedor aun teniéndolas en su poder y posesión, las tenga listas, preparadas y a punto para entregárselas al comprador, a fin de que este último pueda hacerse cargo de las mismas material y físicamente en cualquier momento que lo desee, si es que ya no las tiene. O sea, es un supuesto de *traditio ficta*; entrega material, equivale al hecho de estar el vendedor listo para la entrega. Y a la vez, ambos supuestos de entrega son equivalentes a “puesta a disposición”.

130 Mientras que en el Derecho civil es preciso poner la cosa en poder y en posesión del comprador (art. 1.462), siempre que la cosa pueda trasladarse y no la tenga ya en su poder por otro concepto (art. 1.463), en el Derecho mercantil no sólo queda relevado el vendedor de la tradición real en los casos de *constitutio posesorio*, sino que se conforma en todos los demás con la *traditio ficta* que implica la simple puesta a disposición de la mercancía vendida (sentencia de 1 de mayo de 1903).

Pues bien, *mutatis mutandis* la frase empleada en el párrafo 2.º del artículo 53 de la Ley Cambiaria: “el notario ADMITIRÁ el pago”, tiene a mi modo de ver un sentido y significado concreto, propio y específico, distinto del que pueda resultar de una primera, pura y simple lectura del tenor literal de la frase empleada. Para mí significa lo siguiente:

“QUE EL NOTARIO DEBE PERMITIR QUE EL DEUDOR CAMBIARIO SE LIBERE DE RESPONSABILIDAD, Y ADMITIRLE QUE AUN Y EN FASE DE PROTESTO, PUEDA EN PLAZO Y FORMA SI ASÍ LO DESEARA CUMPLIR CON LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA ASUMIDA, EXTINGUIÉNDOLA MEDIANTE EL PAGO DEL EFECTO PROTESTADO. Y EFECTUADO QUE SEA, EL PAGADOR LO HABRÁ DE ACREDITAR AL NOTARIO AUTORIZANTE DEL ACTA DE PROTESTO EN CUYO PODER SE ENCUENTRA EL EFECTO, PARA QUE ÉSTE PROCEDA, PREVIO

PAGO DE LOS GASTOS OCASIONADOS POR EL MISMO, A LA DEVOLUCIÓN DEL TÍTULO, CON DILIGENCIA PUESTA EN EL MISMO Y EL ACTA DE HABERSE PAGADO Y CANCELADO EL PROTESTO”.

B. Finalista.

No conviene ni se deben entronizar declaraciones legales fraseadas más o menos solemnes, que descendiendo al reino de los humanos se hacen fácilmente más comprensibles, pero que divinizándolas, su rigor formal no hace sino entorpecer y enturbiar su fácil interpretación y comprensión. En una interpretación finalista del artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque, lo que pretende como pretendía el antiguo artículo 506 del Código de Comercio, es conceder al pagador la facultad de pagar el importe de la cambial en fase de protesto y en el plazo que señala. Ya que en definitiva, LO QUE INTERESA ES SATISFACER EL INTERÉS PATRIMONIAL Y ECONÓMICO INSATISFECHO DEL ACREEDOR CAMBIARIO.

131

Y como quiera que otorga tal facultad al pagador, no puede por menos que “recordar y decirle” al notario que le permita y admita el pago, si el pagador pretendiéndolo se presentara en su notaría y se lo manifestara. Y si el notario es la persona que tiene en su poder el título cambiario, no va la Ley a decir que sean otras personas quienes le admitan el pago de la cambial; toda vez que éstos no tienen los efectos en su poder, de ser así, también lo diría. Quien los tiene en su poder y temporalmente es el notario, a quien a fines de levantar acta de protesto se le presentaron los títulos recibiendo en depósito.

Por esa razón, el pagador que quiera pagar tiene que dirigirse a la notaría, a fin de que admitido el pago por el notario le devuelva el efecto, pero lo que no puede pretender el pagador es entorpecer el normal funcionamiento del despacho notarial.

La Ley no pretende obligar al notario en modo alguno CON OBLIGACIONES DERIVADAS DE HECHOS A LAS QUE ÉL ES

EXTRAÑO Y ABSOLUTAMENTE AJENO; ni mucho menos, ponerlo a capricho y a merced de un pagador empecinado en pagar de determinada forma cómoda para él desde luego, pero que el notario considera incómoda y arriesgada para sí. Y si a satisfacción del notario, el pago se hubiese efectuado mediante ingreso en la cuenta que diga, y siendo ulteriormente acreditado, éste no hubiere tenido lugar por cualquier causa, el notario responderá de su restitución frente al tenedor, en todo caso, ya que en definitiva lo dio por bien hecho. Y el pagador en principio, lo acreditaría con la posesión y exhibición de la cambial.

132 El pagador, una vez pagado el importe del efecto y con el mismo en su poder, le es irrelevante e indiferente el destino de los fondos y todo el tema relacionado con eventuales riesgos. El pago del efecto, lo acreditará con la detentación y exhibición del mismo, siéndole indiferente las medidas y cautelas que el notario adopte o no, ésta es una cuestión que para nada le importa. Si para él le es indiferente, para el notario no; y si esto es así, el pagador viene obligado en principio por imperativo y exigencias de la buena fe y equidad amén de otros, a colaborar con el propio notario, a fin de facilitarle el cumplimiento de las obligaciones que éste asume y de las que responde, como consecuencia del pago por él realizado.

De imponer la Ley al notario la obligación de aceptar el pago en efectivo y en su propia notaría, cuando no fuera ésta la forma más conveniente, adecuada, prudente o menos arriesgada para él, la Ley le estaría injustamente sancionando de manera arbitraria y sin razón alguna, en beneficio de otro: el pagador. Persona ésta, que habiendo incumplido en un principio y arrepentido después, desea pagar a costa de la comodidad y riesgos que otro deba de sufrir: el notario.

En definitiva, lo que la Ley pretende es que el pagador que lo desee pague, que lo haga de la forma que más oportuna considere el que deba de cobrar. Que el notario devuelva el efecto una vez verificado el pago; y que éste res-

ponda frente al tenedor de restitución por el importe de los fondos en dinero que en pago de aquél recibe.

Lo que la Ley NO pretende es estimular el ánimo de pago en el pagador, y a tal fin darle toda clase de comodidades y de facilidades, incluidos caprichos y antojos, a costa de las incomodidades y eventuales riesgos que se le derivarían al notario que deba admitirle el pago. En todo caso, si a costa de alguien tuviera que ser, sería a costa de su acreedor cambiario, persona interesada en el cumplimiento y en el pago.

Cualquier interpretación a contrario: un despropósito a la *voluntas legis*.

C. Realidad social.

Un argumento más lo da el artículo 3 del Código civil, al fijar como elemento interpretativo, “La realidad social del tiempo en que las normas han de aplicarse”. Por si aún existen dudas en la interpretación de los artículos 506 del Código de Comercio y párrafo segundo del artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque, este argumento abonaría la interpretación por mí dada, por razones eminentemente prácticas.

En efecto, en el tiempo actual, y por razones sobradamente conocidas por todos, los RIESGOS de sustracción y pérdidas de los fondos confiados en depósitos son mayores que antes (hurtos, robos, apropiaciones indebidas, infidelidades y deslealtades y un sinfín), lo que aconseja extremar con sumo celo, rigor y prudencia, las medidas y CAUTELAS que se consideran necesarias en orden a la recepción, guarda, cuidado y custodia.

D. Analógica.

1. Resolución de la DGRN de 21 de julio de 1983.

Existe un supuesto contemplado por el propio artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque, de igual contenido que el anterior 506 del Código de Comercio, cuyo “parentesco” con el que aquí nos ocupa no me ofrece dudas; que considero oportuno aquí traer a colación, y cuya solución al problema que en su día planteó, considero aplicable al presente por “analogía *iuris*”. Me estoy refiriendo a otra obligación que al notario se le impone, cual es la de proceder a la devolución de los efectos protestados.

134 Se planteó en su día si el notario y sus empleados estaban obligados, interpretando literalmente dicho precepto, a desplazarse materialmente a las oficinas de las entidades de crédito tenedoras, a fin de entregar y poner en posesión de las susodichas entidades bancarias las copias de las actas y los efectos por ellas presentadas al protesto.

La DGRN resolvió y zanjó la cuestión con una resolución de fecha 21 de julio de 1983, considerando que tal obligación no existe, al no imponérsela la Ley al notario en modo alguno. Que el notario a lo que viene obligado es a tener en su poder y en su notaría, las copias de las actas de protesto y los efectos protestados a disposición de las entidades bancarias tenedoras. Dice literalmente dicha resolución en uno de sus párrafos:

“... No es obligación del notario y de sus empleados desplazarse para realizar materialmente la devolución de los efectos protestados y de las copias extendidas ...”

2. Artículos 216 y siguientes del Reglamento Notarial.

AVALAN esta interpretación los artículos 216 y siguientes del Reglamento Notarial, cuya aplicación analógica al caso

que nos ocupa, me parece posible y fuera de toda duda, al concurrir entre los supuestos regulados en dichos preceptos y el supuesto planteado, identidad de *ratio legis*.

En efecto, el artículo 216 del Reglamento Notarial, parte del principio que tales depósitos son voluntarios para el notario; de manera que su constitución dependerá de la ulterior aceptación por parte de éste, quien podrá imponer las condiciones que a bien tenga al depositante.

Con mayor razón, la aplicación de este último principio cobra aún mayor importancia, y se justifica aún más si cabe en el ámbito de los depósitos obligatorios o necesarios para el notario, cuando por disposición legal expresa, venga obligado como en el presente, con independencia y al margen de su voluntad, a constituirse en depositario de fondos ajenos.

IV. Principios generales de Derecho

Existen tres principios generales de Derecho en el ámbito del Derecho de obligaciones que ratifican y apoyan las conclusiones anteriores. El primero, aquél que establece que EL DEUDOR QUE SE OBLIGA, SE OBLIGA SIEMPRE A LO MENOS. Y el segundo, aquél que establece QUE EL DEUDOR QUE SE OBLIGA, SE OBLIGA SIEMPRE A LO MENOS GRAVOSO PARA ÉL.

Principios éstos que cobran aún mayor interés y se justifican aún más si cabe (al no resultar derogados por norma expresa en contrario) en el ámbito de las obligaciones legales, como las del presente caso, que para el notario se derivan vía artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

Que al constituirse el notario por imposición legal en depositario de fondos ajenos, se le ha de favorecer y facilitar el cumplimiento de sus obligaciones, haciéndoselas menos gravosas y no entorpeciendo su cumplimiento. Por lo que toda duda jurídica al respecto (forma y lugar de pago) debe ser interpretada al amparo de los principios generales

de Derecho dichos (*in favor debitoris*), en favor del deudor: el notario.

Un tercer principio general de Derecho establece que, "QUIEN ORIGINA UN RIESGO DEBE SUFRIR SUS CONSECUENCIAS". Por tanto, el que a la fecha del vencimiento de un efecto no paga puntualmente, no puede "descargar sus iras", o bien pretender desplazar o repercutir las consecuencias de su propio incumplimiento a un tercero, alegando incomodidad; o bien, invocando derechos que en modo alguno le asisten, imponer sus condiciones, criterios o voluntades al notario en cuanto a la forma y lugar en que habrá de efectuarse el pago. Persona ésta la del notario, que por imposición legal se ve constituido en depositario, por otra parte totalmente ajeno y extraño a las actividades negociales del pagador.

136

El incumplimiento por parte del obligado cambiario, le coloca a él al margen del normal discurrir de los hechos, y le obligará a que si con posterioridad a la notificación del protesto desea pagar, lo podrá hacer bajo unas reglas de procedimiento mínimo: desplazamiento a la notaría, pagar en plazo, y hacerlo de la manera que el notario crea más conveniente en orden al mejor y buen cumplimiento de las obligaciones que como consecuencia del pago asume.

Y no se interpreten estos principios generales de Derecho dichos, en beneficio del deudor y pagador cambiario, toda vez que no ha lugar. Ya que el pagador, no es deudor del notario; ni éste, acreedor de aquél. Sin embargo, el notario se constituye en deudor de él, toda vez que asume la obligación de admitirle el pago, devolverle la cambial, y de alguna otra pretendida obligación que yo niego (la de admitirle el pago en efectivo ...); a la vez que deudor respecto del tenedor presentante del efecto al protesto, por el importe del mismo a cuya restitución queda obligado.

V. Principio de la autoorganización

Que el notario tenga establecido como criterio para el pago de los importes de los efectos protestados, el que éstos se efectúen mediante ingreso en determinada cuenta corriente a su nombre abierta en determinada entidad bancaria, encuentra apoyo y fundamento legal en el Reglamento Notarial y en la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ello de conformidad, a las facultades que en base al principio de AUTOORGANIZACIÓN, el notario tiene para dirigir, ordenar, organizar y llevar su propio despacho y oficina notarial, de la forma y manera que crea más conveniente y adecuada, para el ejercicio y mejor cumplimiento de las funciones públicas que tiene encomendadas.

137

VI. Los poderes y facultades de dirección que el obligado ostenta en el cumplimiento de las obligaciones

Es principio asimismo en el Derecho de obligaciones, que AL DEUDOR SE LE HAN DE RECONOCER FACULTADES DE DIRECCIÓN NECESARIAS PARA EL MEJOR Y BUEN CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE ASUME. No sólo es el acreedor quien tiene y ostenta derechos y facultades, sino que el deudor también ha de tener las necesarias a los fines dichos.

Facultades éstas que el deudor ha de fijar y de establecer. Que por un lado, le permitan cumplir bien y fielmente las obligaciones asumidas, a la vez que de la mejor manera, más fácil y cómodamente le resulte, con el fin de desligarle del vínculo obligacional de la manera más rápida y así exonerarse de toda posible responsabilidad, toda vez que el vínculo le supone una carga no deseable. Y por otro lado, tales medidas han de permitir y evitarle al deudor que el cumplimiento de sus obligaciones le suponga un quebranto o aflicción añadida, sin necesidad alguna y sin justa causa, ha-

ciéndole correr con riesgos innecesarios de los que sólo se derivarían perjuicios patrimoniales para él.

Su aplicación al caso presente no ofrece dudas. Ya que el pago mediante ingreso bancario permite por un lado al pagador pagar, y desvincularse de la obligación cambiaria, al notario, cumplir con la obligación que la Ley le impone de admitir el pago, a la vez que le permite ponerse a cubierto de posibles y eventuales riesgos innecesarios de consecuencias dañosas patrimoniales para él (apropiaciones indebidas, hurtos, robos, etc.). Los intereses en juego de todos debidamente protegidos y suficientemente satisfechos.

VII. Imposibilidad del ejercicio empresarial y mercantil de actividades profesionales y viceversa. Resolución de la DGRN de 23 de abril de 1993

138

Un argumento más que apoya la postura por mí sostenida y defendida, creo que la ofrece la resolución de la DGRN, de fecha 23 de abril de 1993. Establece dicha resolución, que no podrán integrarse en el objeto social de una mercantil y a desarrollar por ésta, las actividades propias que constituyen el objeto de actividades profesionales. O sea, que dichas actividades profesionales sólo pueden desarrollarse o realizarse con carácter exclusivo, por los profesionales correspondientes encuadrados en el marco de la actividad profesional a realizar.

A *sensu* contrario, cabe perfectamente formular el principio según el cual, al profesional en cuanto tal le queda vetada la posibilidad de desarrollar y ejercitar actividades mercantiles en el marco y con ocasión del ejercicio de las actividades propias de su profesión.

Su aplicación al caso que nos ocupa, creo posible, y supondría, que tanto la recepción como la guarda y custodia de los fondos ajenos a cuya restitución el notario está obligado y responde, es una actividad a realizar y a desarrollar

como propia por parte de los bancos, banqueros y entidades que entre otras integran y constituyen su objeto mercantil. Actividades éstas de cuyo ejercicio obtienen beneficios, a la vez que asumen obligaciones de las que responden y corren con los riesgos inherentes al ejercicio de tal actividad voluntariamente desarrollada y ejercida, en modo alguno por los profesionales, respecto de los cuales, tales actividades son extrañas o ajenas al objeto de su propia actividad.

VIII. Dualidad de categorías de obligaciones que para el notario se derivan en el ejercicio de la función pública notarial

Por otro lado, hay que decir que en el ejercicio de la actividad profesional propia a la función notarial, el notario asume por imposición legal y reglamentaria dos clases o categorías separadas e independientes de obligaciones:

139

Una primera categoría estaría formada por las que se podrían denominar como “PROPIAS”, por ser inherentes y derivarse directa e inmediatamente del ejercicio de la actividad o función pública que propiamente y en cuanto tal realiza. Otra segunda categoría estaría formada por aquellas obligaciones, que sin derivar ni proceder del ejercicio de las funciones públicas inherentes al ejercicio de la actividad y de la función pública notarial que realiza, el notario ha de asumir por imposición legal, son las que denominaré como “IMPROPIAS”, derivadas del ejercicio de las funciones públicas accesorias y complementarias al instrumento público (recepción de depósitos, expedición de partes, etc.).

Pues bien, en esta segunda categoría incluyo yo la obligación que al notario la Ley le impone de “admitir el pago”, en cuanto que pueda suponer recepción en depósito de fondos ajenos a cuya recepción y restitución queda obligado. Las obligaciones que integran esta segunda categoría, en cuanto ACCESORIAS y COMPLEMENTARIAS al instrumento pú-

blico, tienen a mi modo de ver un carácter excepcional, y su aplicación generalizada así como su exigibilidad rigurosa y a ultranza, DESNATURALIZAN la función pública notarial, por lo que han de ser objeto de una interpretación estricta y restrictiva.

IX. Otros argumentos no jurídicos: la prudencia y experiencia. Recomendaciones de los centros directivos

140

Que en las jornadas que tuvieron lugar en Toledo, en octubre del año mil novecientos noventa y tres, de la Comisión para Asuntos de Responsabilidad Civil Notarial de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, se hizo destacar el “actual estado de fiebre de responsabilidad civil existente”. Haciendo constar que es un tema que ha afectado ya al notariado, que cada día más, por elementales normas de prudencia y cautela, nos obliga incluso a decir NO, si hay que decir NO, con el fin de evitar consecuencias indeseables derivadas muchas veces de excesivas complacencias para con los “clientes”.

Se ponía de manifiesto el enorme incremento de siniestralidad en los últimos tiempos, y consecuencia de ello, un incremento en el coste de las primas de seguro de responsabilidad civil, a la vez que importantes dificultades en su renovación.

Y en relación con los riesgos eventuales derivados del pago en fase de protesto de letras de cambio y demás efectos, consideraba expresamente RAZONABLE el criterio de efectuar el pago de los efectos protestados, mediante ingreso en cuenta corriente bancaria, cuyo pago se acreditaría con el justificante de ingreso.

Hay OTROS ARGUMENTOS que si bien no tan jurídicos, sí tan válidos. Me voy a referir a uno en concreto: resulta conocido por todos y no hay que olvidar, que muchos organismos de la Administración Pública ya no disponen de

“caja”, sino que hay que abonar en cuentas bancarias y luego presentar el justificante acreditativo. Considero que este es un buen argumento, toda vez que no considero seamos los notarios de menor ni de peor condición a estos efectos, y nuestra función pública concreta y limitada.

Voy por último a recurrir a razones de prudencia y de la experiencia:

Son incesantes a la vez que innumerables y repetidos los consejos, recomendaciones e informes que desde los centros directivos del notariado se nos circulan, y desde los cuales se nos llama a que seamos sumamente prudentes, adoptando en exceso y con rigor las medidas y cautelas convenientes (gestión de escrituras, provisiones de fondos, en temas relacionados con el seguro de responsabilidad civil, etc.), que extrememos con sumo celo el cumplimiento de nuestras obligaciones ..., a fin de ponernos a cubierto de eventuales riesgos innecesarios cuyas consecuencias habría que lamentar.

Mi postura defendida a lo largo de toda esta exposición, creo que es coherente a la vez que se encuentra en consonancia y en línea con las finalidades pretendidas en este tema por los centros directivos.

Todas las razones y argumentos dados a lo largo de la exposición de este breve trabajo, considero que sirven y valen para justificar el criterio por mí aquí defendido, y que se pudiera adoptar con relación al tema de la recepción, guarda y custodia en el ámbito de cualesquiera otros depósitos notariales (actas de depósito, consignación, ofrecimiento de pago, mixtas, consignaciones de dinero en concepto de fianza y que para tomar parte en subatas deban efectuar los licitadores, etc.).

No voy a extenderme en más y nuevos argumentos, consideraciones ni comentarios. Y finalizo brevemente diciendo, que si bien soy consciente del carácter delicado de toda esta cuestión, estoy sinceramente convencido que el criterio del notario, según el cual, establece QUE EL PAGO DE LOS EFECTOS PROTESTADOS DEBAN EFECTUARSE MEDIANTE INGRESO EN

CUENTA BANCARIA, NO SÓLO ES LEGALMENTE POSIBLE, SINO RAZONABLEMENTE PRUDENTE, A LA VEZ QUE DESEABLE Y CONVENIENTE.

Considero, sin pretender dogmatizar en modo alguno, que la postura por mí defendida a lo largo de toda esta exposición, está debidamente argumentada y fundamentada en preceptos legales de Derecho Positivo y en principios generales de Derecho por todos admitidos, cuya solidez y consistencia, someto al juicio crítico del lector. Aceptando y vaya por delante, cualquier otra postura contraria a la por mí defendida aquí, mejor fundada en Derecho y a la que gustosamente me sometería.

LA PROMOCIÓN COMO NECESIDAD COMERCIAL DEL EMPRESARIO: LA INFORMACIÓN AL PÚBLICO Y LA PUBLICIDAD (*)

143

CARLOS LEMA DEVESA

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid
Abogado*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL. **1.** El Estatuto de la Publicidad de 1964. **2.** La Ley General de Publicidad de 1988. **3.** La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984. **3.1.** *Introducción.* **3.2.** *Jurisprudencia anterior a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.* **3.3.** *El artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.* **III.** CONSIDERACIONES FINALES.

(*) Conferencia pronunciada en el Seminario "La protección de los consumidores ante las nuevas técnicas comerciales", organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, agosto 1997.

I. Introducción

Aquellas personas que suelen leer los diarios no se sorprenderán si comenzamos esta conferencia afirmando que, en España, las inversiones publicitarias superan, en la actualidad, el billón de pesetas anuales. Y lo cierto es que esta ingente cantidad invertida en publicidad responde a una necesidad básica de las empresas en el actual sistema económico competitivo.

144

Como señala el prof. FERNÁNDEZ NOVOA, la empresa y el empresario que actúan en el marco de un sistema económico competitivo suelen adoptar en el mercado una actitud agresiva: lejos de aguardar pasivamente la demanda de sus mercancías y servicios, la empresa se anticipa a la demanda y pretende configurarla y atraerla hacia sí. En otras palabras, para triunfar en el mercado, el empresario no sólo debe esmerarse por ofrecer los mejores productos en las mejores condiciones. Debe también procurar que las características de sus productos y sus condiciones de venta sean ampliamente conocidas por los consumidores. Por eso, hoy en día ya no es válido el viejo refrán según el cual “el buen paño en el arca se vende”. Antes al contrario, hay que darle la razón a ERHARD cuando afirmaba que las mejores mercaderías enmohecerían en los almacenes si no se dan a conocer al público mediante una adecuada publicidad.

De todo lo hasta aquí expuesto se deduce que la finalidad básica y primaria de la publicidad consiste en informar al público sobre la existencia de un producto, sobre sus características y condiciones de venta. La información es, pues, el objetivo primordial de toda publicidad. Pero, obviamente, no es el único. Con la publicidad, el empresario anunciante pretende también persuadir al público para que compre o adquiera los productos anunciados. Retomando de nuevo las palabras del prof. FERNÁNDEZ NOVOA, podemos afirmar que los anuncios y demás expresiones publicitarias albergan en su interior tanto comunicaciones puramente informativas como

manifestaciones esencialmente persuasivas. Al tiempo que pone en conocimiento del público cuáles son las propiedades y ventajas de sus mercancías y servicios —añade el citado autor—, la empresa anunciante trata de convencer al público de los consumidores para que compre o contrate las mercancías o servicios anunciados. La actividad publicitaria, en fin, es a la vez informativa y persuasiva, aunque, como es evidente, en cada anuncio concreto puede prevalecer bien la dimensión informativa o bien la dimensión persuasiva.

Información, persuasión y sugestión son, pues, elementos esenciales de toda publicidad. Pero debemos también destacar que esta información y esta persuasión se transmiten a través de lo que la doctrina denomina un diálogo mecanizado. Por contraste con el diálogo personal y directo entre el vendedor y el comprador, propio de la etapa anterior a la actual producción en masa, en la publicidad las comunicaciones informativas y las manifestaciones persuasivas no se dirigen a un concreto comprador potencial, sino a la gran masa de los consumidores. Y esta característica provoca que existan profundas diferencias entre aquel diálogo personal y la publicidad contemporánea. En efecto, mientras que en el diálogo personal precedente a la venta el comprador potencial tiene ocasión de solicitar aclaraciones e informaciones complementarias, en la publicidad mecanizada el consumidor se limita a recibir las comunicaciones y manifestaciones que le dirigen las empresas anunciantes. Dicho en otros términos, mientras en el tradicional diálogo personalizado previo a la compra de un producto el comprador tiene la posibilidad de adoptar una actitud activa, solicitando aclaraciones e informaciones, en la publicidad mecanizada el papel del consumidor es fundamentalmente pasivo: se limita a recibir los mensajes que se le transmiten por los distintos y modernos medios de difusión.

Pues bien, esta actitud pasiva del consumidor en la publicidad mecanizada contemporánea provoca que éste necesite un mayor grado de protección. Al no poder intervenir en

el diálogo con el empresario anunciante y al limitarse a recibir las informaciones que se le transmiten, el consumidor debe poder estar seguro de que estas informaciones son veraces y se ajustan a la realidad. Pues bien, a continuación nos ocuparemos de las distintas normas que han tenido como objetivo la protección del consumidor frente a la publicidad. Comenzaremos, a este respecto, con una norma pionera: el Estatuto de la Publicidad de 1964.

II. La regulación de la actividad publicitaria en el Derecho español

1. El Estatuto de la Publicidad de 1964.

146

El Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964 fue una norma absolutamente pionera, pues fue uno de los primeros textos legales europeos en ocuparse de la publicidad y de la protección del consumidor frente a ésta. Resulta muy significativa, a este respecto, la declaración de principios que se recogía en su artículo 10: *“la publicidad –se decía– como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado ...”*.

Pues bien, para conseguir estos objetivos el Estatuto de la Publicidad sometía a la actividad publicitaria a cuatro principios, que se enumeraban en el artículo 6. Según este precepto, *“En el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia”*.

De todos estos principios, como es evidente, el que más nos interesa aquí y ahora es el principio de veracidad, pues con él se pretendía proteger a los consumidores frente a las informaciones engañosas. Este principio de veracidad se desarrollaba en el artículo 8. El texto de este precepto era el siguiente: *“En toda actividad publicitaria deberá respetarse la*

verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error. Las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones de servicios objeto de publicidad serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento”.

En aplicación de este precepto, el Jurado Central de Publicidad tuvo ocasión de perseguir y condenar numerosas campañas publicitarias de carácter engañoso. Obviamente, no podemos reproducir aquí todas aquellas resoluciones del Jurado en las que este órgano aplicó el artículo 8 del Estatuto. Nos limitaremos, por contra, a poner un ejemplo. Y este ejemplo lo podemos encontrar en la resolución de 9 de septiembre de 1976, en el que el Jurado Central de Publicidad consideró engañoso un anuncio de promoción de un producto de tratamiento de la calvicie en el que se aseguraba que con él se podía recuperar todo el cabello. Según el Jurado, se había producido una efectiva violación del artículo 8, *“dado que en alguno de los anuncios aportados al expediente se inserta un diálogo donde un caballero pregunta ¿podría yo verme de nuevo con todo mi cabello?, y una señorita contesta «seguro», siendo así que resulta evidente que nadie podrá verse con todo su propio cabello, sino con más cantidad del mismo”.*

En su labor cotidiana, en fin, el Jurado no sólo procedió a una aplicación estricta del artículo 8 del Estatuto de la Publicidad, sino que también procuró interpretar éste en el sentido más favorable para los consumidores. Creó, de esta forma, una especie de principio *“In dubio pro consumatore”* que posteriormente aplicó en varias de sus resoluciones. Una de ellas fue, por ejemplo, la resolución de 24 de enero de 1977. En este caso se juzgaba el carácter engañoso de un anuncio de “Pepsi Cola” en el que aparecía una lata de bebida en la que se introducían dos botellas de 250 cl., dando así a entender que el contenido de la lata era equivalente al de dos botellas de aquella bebida refrescante. Y, pese a

las dudas existentes, el Jurado decidió calificar este mensaje como publicidad engañosa. En su opinión, *“producida duda en algún miembro del Jurado, se inclina, no obstante, por estimar la responsabilidad de «Pepsi Cola» por aplicación de lo que el Jurado estima debe producirse: que en caso de duda debe inclinarse en favor del consumidor”*.

2. La Ley General de Publicidad de 1988.

Como antes exponíamos, el Estatuto de la Publicidad de 1964 fue un texto legal precursor a nivel europeo. Sin embargo, la evolución económica de nuestro país en las dos décadas siguientes fue vertiginosa. Y esta evolución provocó –a su vez– un notable cambio de las técnicas publicitarias. Esta circunstancia provocó que el Estatuto de la Publicidad, pionero en su momento, quedara rápidamente desfasado y cayera en desuso. Pues bien, el desfase del Estatuto con respecto a la realidad imperante en la España de los años ochenta, unido a la necesidad de incorporar a nuestro Derecho la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa de 1984, provocó que se decidiera derogar aquel texto legal y promulgar en su lugar la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988.

En la Exposición de Motivos de esta Ley se avanzan las causas que motivaron su promulgación. En efecto, en la misma se declara que *“el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó con fecha 10 de Septiembre de 1984 una directiva relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que afecta a la publicidad engañosa. La legislación general sobre la materia está constituida en España por la Ley 61/1964 de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad, norma cuyo articulado ha caído en gran parte en desuso, por carecer de la flexibilidad necesaria para adaptarse a un campo como el de la publicidad, especialmente dinámico, y por responder a presupuestos políticos y administra-*

tivos alejados de los de la Constitución. Las circunstancias precedentes aconsejan la aprobación de una nueva Ley general sobre la materia, que sustituya en su totalidad al anterior Estatuto y establezca el cauce adecuado para la formación de jurisprudencia en su aplicación por los Jueces y Tribunales”.

Para favorecer la formación de esta jurisprudencia, la Ley General de Publicidad tipifica cinco supuestos de publicidad ilícita en su artículo 3: la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer; la publicidad engañosa; la publicidad desleal; la publicidad subliminal, y, finalmente, la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

La publicidad engañosa, por su parte, se define en el artículo 4 de la Ley, según el cual *“es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios”.*

Esta definición de publicidad engañosa que consagra el artículo 4, a su vez, se completa con ciertas pautas que ofrece el artículo 5 y que, *prima facie*, deberían servir de ayuda al indagar el carácter engañoso de un mensaje publicitario. En efecto, el artículo 5 de la Ley dispone que *“para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a: 1.— Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como: a) Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad; b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación; c) Modo y fecha de fabrica-*

ción, suministro o prestación; d) Resultados que pueden esperarse de su utilización; e) Resultados y características especiales de los ensayos o controles de los bienes o servicios; f) Nocividad o peligrosidad; 2.— Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo; 3.— Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios; 4.— Motivos de la oferta; 5.— Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a: a) Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales; b) Derechos de propiedad industrial o intelectual; c) Premios o distinciones recibidas; 6.— Servicios posventa”.

150

Por lo demás, una lectura conjunta de los dos preceptos que acabamos de transcribir, nos permite concluir que, para que exista un supuesto de publicidad engañosa, es preciso que concurren dos requisitos distintos. Por un lado, es necesario que el mensaje publicitario en cuestión sea susceptible de inducir al público a error sobre alguna de las circunstancias mencionadas en el artículo 5 de la Ley o sobre cualquier otra característica del producto o servicio que se le ofrece.

Obsérvese que la Ley califica como engañosos todos aquellos mensajes que sean susceptibles de inducir a error. Formulación ésta última que tiene una doble consecuencia. Por una parte, no será necesario probar un engaño concreto para calificar un determinado mensaje como engañoso; bastará con probar que el mensaje, tal y como era presentado al público, era susceptible de inducir a éste a error. Por otra parte, gracias a la amplia formulación legal, además, pueden ser calificados como engañosos no sólo aquellos mensajes que contengan falsas alegaciones, sino también aquellos otros que, recogiendo afirmaciones inicialmente verídicas, sean susceptibles de generar falsas expectativas en el público destinatario.

A este respecto, resulta muy significativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de mayo de 1992.

En este caso se discutían los siguientes hechos: la Asociación de empresarios de la publicidad de Sevilla publicó un anuncio en el que, bajo la expresión “empresas legalmente constituidas e inscritas en la Asociación de empresarios de publicidad de Sevilla”, se incluía una lista con el nombre de distintas empresas. Contra este anuncio reaccionó la empresa “Inca Publicidad” interponiendo una acción por publicidad ilícita, ya que ella no era miembro de tal Asociación, pero su constitución respetaba las leyes. Pues bien, llegado el caso a la Audiencia Provincial, ésta estimó que el anuncio en cuestión era engañoso. En su opinión, *“en el caso que es objeto de estas actuaciones no cabe duda que, aunque el anuncio cuya rectificación se pretende no falta en sí a la verdad, puesto que empresas legalmente constituidas e inscritas en la Asociación de empresarios de publicidad de Sevilla son tan sólo aquellas que relaciona, sin embargo, fácilmente puede inducir al error de pensar que las empresas del ramo no incluidas en esa relación, como la entidad actora, no están legalmente constituidas, moviendo al comportamiento económico de la clientela y perjudicando a esas empresas frente a las que aparecen en el anuncio. De hecho, algunos clientes de la actora, que declararon como testigos, al leer el anuncio dudaron de su legalidad e inmediatamente se pusieron en contacto con ella para que les aclarase su situación. Por ello, debe estimarse engañosa y, por consiguiente, ilícita dicha publicidad y proceder a su rectificación”*.

151

Por otro lado, para poder calificar un mensaje publicitario como engañoso es preciso que aquél pueda llegar a influir en el comportamiento económico de los consumidores. Una interpretación estricta y literal de este segundo requisito, por lo demás, podría llevarnos a pensar que un anuncio sólo es engañoso desde el momento en que ha habido consumidores que han adquirido el producto o servicio promocionado como consecuencia directa de aquel mensaje publicitario. Bajo esta perspectiva, claro está, sólo se podría condenar un mensaje publicitario cuando se probase que algún consumi-

dor ha procedido a la adquisición del producto o servicios bajo la influencia directa del engaño.

Así lo ha entendido, al menos, un sector de nuestra jurisprudencia. Resulta muy significativa, a este respecto, la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Madrid el 7 de octubre de 1991, ulteriormente confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de febrero de 1995. En este caso se discutía la licitud de un anuncio de la empresa "Citroën" en el que, en letras destacadas, se ofrecía la posibilidad de adquirir un coche de aquella marca sin necesidad de pagar "ni un duro hasta abril de 1990". En letras más pequeñas, se aclaraba que, pese a la promesa inicial, era necesario desembolsar una entrada en el momento de la adquisición del vehículo. Pues bien, en su sentencia, la Audiencia Provincial estimó que el anuncio no podía ser considerado engañoso. Y entre las razones que alegaba el Tribunal se afirmaba que *"el mensaje publicitario debe motivar la decisión del comprador y, en el caso de autos, no se ha probado por la actora que haya habido un solo comprador engañado por el anuncio"*.

152

Aunque en términos no tan rotundos, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997 también parece exigir que la publicidad debe motivar la decisión de compra del consumidor. En este caso, al enjuiciar el anuncio de un producto para el tratamiento de agua de las piscinas, el anunciante ponía de relieve los inconvenientes y peligros del cloro. Pues bien, según el Tribunal Supremo: *"la sentencia de instancia declara que se produce error al consumidor y parte de un hecho: "con el propio sistema del demandado se siguen utilizando productos químicos e incluso determinadas dosis no concentradas de cloro" y añade que la lógica conclusión del consumidor es "que el producto anunciado prescinda de aquellos (los productos químicos) cosa que en realidad no sucede". Con lo cual, debe estimarse que la publicidad es engañosa, ya que, partiendo de los hechos expuestos, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, que afectará a su compor-*

tamiento económico adquisitivo...”. Aunque este anuncio también se calificó como denigración, en realidad, se trataba de un caso de comparación publicitaria de sistemas; figura que pasó desapercibida al Tribunal Supremo.

En la doctrina, TATO PLAZA ha señalado que esta tesis, según la cual la publicidad engañosa requiere que el consumidor sea motivado a comprar, puede llegar a poner en peligro la función social que están llamadas a cumplir las normas represoras del engaño en la publicidad. En efecto, siguiendo a la doctrina alemana, este autor afirma que un mensaje publicitario es engañoso desde el mismo momento en que consigue captar la atención del consumidor, con independencia de que éste después proceda a la adquisición de los productos o servicios en cuestión. De este modo, califica como engañoso un mensaje desde el mismo momento en que con él se genere un grado de atracción suficiente como para inducir al público a analizar más detenidamente una oferta o un anuncio que, de otro modo, habrían pasado fácilmente desapercibidos.

153

Por contra, no podrían ser calificados como engañosos aquellos mensajes que, al no ser tomados en serio por el público, son simplemente ignorados por éste. Sería el caso, en definitiva, de las exageraciones publicitarias. Se consideran exageraciones publicitarias aquellos elogios con un contenido total o parcialmente comprobable que el público reconoce, sin duda alguna, como alegaciones carentes de todo fundamento. Pues bien, en la medida en que este tipo de alegaciones no son tomadas en serio por el público, carece de sentido incluirlas en el ámbito de aplicación del artículo 4 de la Ley, pues en ningún caso pueden llegar a incidir en el comportamiento económico de los consumidores. Nuestro Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de reconocer la figura de la exageración publicitaria en la reciente sentencia de 24 de febrero de 1997. En la misma, se calificó como exageración un anuncio de “Pepsi Cola”, señalando: *“Está perfectamente valorado el carácter del anuncio como exagerado, ingenuo e*

inverosímil”, para apostillar: “sólo desconociendo el sentir de la juventud a la que va dirigida la canción, se puede dudar de la conclusión obtenida por la Audiencia, que califica la canción como «publicidad exagerada» y en modo alguno denigrante”.

Para finalizar con la exégesis de los artículos 4 y 5 de la Ley General de Publicidad, debemos indicar que, según este texto legal, para que exista un supuesto de publicidad engañosa no es preciso que se realice una alegación publicitaria expresa. Antes al contrario, las simples omisiones de características esenciales de los productos o servicios pueden ser suficientes para calificar el mensaje como engañoso cuando con ellas se pueda inducir a error a los consumidores. Así lo establece el inciso final del artículo 4 de la citada Ley, a cuyo tenor: *“es engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios”.*

154

Al analizar esta norma, debemos tener presente que la figura del engaño por omisión ha generado una gran polémica en la doctrina norteamericana. Esta doctrina, en efecto, se ha visto tradicionalmente dividida en dos sectores: por un lado, aquellos autores que imponían al anunciante un deber de información general y que consideraban ilícita la omisión de cualquier característica del producto o servicio. Y, por otro lado, aquellos otros autores que, en un polo completamente opuesto, estimaban que la omisión de datos o características no podía ser considerada nunca ilícita.

Pues bien, una simple lectura del artículo 4 de la Ley nos permite comprobar —según TATO PLAZA— que el legislador español ha adoptado una postura intermedia entre estos dos sectores. Para el legislador español, en efecto, el silencio no es ilícito *per se*. Tan sólo lo será cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores. El anunciante, pues, no tiene un deber general de informar sobre todas y cada una de las características de su producto. Antes al contrario, sólo debe desvelar aquellas características

cuya omisión sería susceptible de inducir a error a los consumidores.

A este respecto, encontramos un ejemplo en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 51 de Madrid de 4 de mayo de 1995. En ella se discutían los siguientes hechos: la sociedad “Barclays Bank” había lanzado un nuevo producto financiero denominado depósito de interés creciente. La característica principal de este nuevo producto radicaba en la posibilidad que se le concedía al depositante de obtener un rendimiento o retribución anual creciente por su depósito en función de la duración del mismo. Para promocionar este nuevo producto financiero, “Barclays Bank” lanzó una campaña publicitaria integrada por distintos elementos. Uno de estos elementos era un cartel que debía ser expuesto en todas las oficinas del banco abiertas al público. En este cartel se incluía la siguiente expresión publicitaria destacada en grandes caracteres: “cada año Barclays le dará más interés por su dinero”. A continuación, y en caracteres de menor tamaño, se explicaban los distintos tipos de interés que se aplicaban al depósito en función de la duración del mismo. Estos intereses se aplicaban sólo cuando el depósito inicial superase el millón de pesetas, pero en el cartel antes descrito no se hacía referencia de ningún tipo a esta exigencia.

155

La Asociación de Usuarios de la Banca presentó una demanda por publicidad ilícita. Y, en su sentencia, el Juzgado de Primera Instancia n.º 51 de Madrid calificó como engañoso el cartel en cuestión. En su opinión, *“la necesaria inversión de dos millones de ptas., posteriormente un millón de ptas., para que se devengue el interés anunciado constituye un elemento importante para la comprensión e información del usuario respecto de las características reales del producto anunciado, y la omisión de este dato puede inducir a confusión y error en el consumidor, que puede estimar que desde la primera peseta que se coloque en depósito, se le va a originar anualmente el interés creciente que el producto anuncia”*.

3. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984.

3.1. *Introducción.*

En atención a todo lo hasta aquí expuesto podemos afirmar que en el Derecho español existe una gran tradición en la tipificación y persecución del engaño como ilícito civil. Es más: incluso en fechas relativamente recientes, se tipificó como ilícito penal; es decir, como delito. Ahora bien, no existe esta misma tradición a la hora de regular las consecuencias del engaño sobre los contratos. Dicho con otras palabras, si bien el Derecho español ha contado desde antiguo con normas que tipifican el engaño y que establecen acciones encaminadas a obtener la cesación de un mensaje engañoso, no siempre ha existido esta misma tradición a la hora de determinar si el mensaje publicitario puede ser considerado como una oferta de contrato y si, por tanto, el consumidor tiene derecho a exigir el contenido de la publicidad.

3.2. *Jurisprudencia anterior a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

A diferencia de lo que sucedió con la tipificación de la publicidad engañosa como ilícito civil, donde la iniciativa fue siempre tomada por el legislador, en materia de integración publicitaria del contrato la jurisprudencia fue la primera en ocuparse de las consecuencias de los mensajes publicitarios sobre los contratos civiles o mercantiles. El punto de partida, a este respecto, lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1976. En este caso se discutían los siguientes hechos: un comerciante había hecho publicidad de una máquina separadora centrífuga en la que se afirmaba que esta máquina poseía ciertas características, tales como la limpieza automática y perfecta de todas las piezas, suprimiendo el trabajo de retirada de residuos, o un

rendimiento de 2.000 a 2.300 litros por hora. Animada por esta publicidad, la sociedad "Agro Industrial" adquirió el modelo promocionado. Pero, transcurrido un tiempo, pudo comprobar que la máquina que había adquirido no reunía las características que se afirmaban en la publicidad. La sociedad compradora demandó al vendedor solicitando una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de compraventa, pues estimaba que la publicidad realizada por el vendedor en los momentos previos al contrato debía ser considerada como una oferta de contrato que, al ser aceptada por la compradora, vinculaba a aquél.

El Tribunal Supremo acogió estos argumentos. Consiguientemente, en la mencionada sentencia de 14 de junio de 1976, se declaró *"aunque sea en efecto el modelo (...) el contratado y el servido, el incumplimiento de contrato por parte del vendedor no lo funda la Sala de instancia en que haya sido servido modelo distinto, sino en que, aun tratándose del mismo modelo, no da el rendimiento que se anunciaba en la propaganda fotográfica y gráfica unida a los autos, que cumple la función de una oferta que vincula al vendedor, en la que se afirmaba un rendimiento horario de 2.000 a 2.300 litros, oferta por la que se guió el comprador; sin que afecte al caso lo que diga en cuanto a su rendimiento la placa unida a la máquina, que era desconocida por completo por su adquirente hasta el momento de llegar a su poder, ya que aquel se atuvo exclusivamente, como ocurre siempre en estos casos, a los datos consignados públicamente en la oferta, sin duda con ánimo de captación a través de la propaganda; oferta que no ha sido cumplida"*.

La doctrina que acabamos de reproducir fue posteriormente seguida por el mismo Tribunal Supremo —un año más tarde— en su sentencia de 27 de enero de 1977. En ella se debatían los siguientes hechos: una persona había adquirido un piso confiando en que éste contaría con las características y servicios que se mencionaban en los folletos publicitarios editados y distribuidos por la empresa constructora. Sin

embargo, en el momento de la entrega del piso, el comprador pudo comprobar que éste adolecía de algunas deficiencias, además de no contar con numerosos elementos prometidos en la publicidad. En consecuencia, el comprador demandó a la promotora por incumplimiento del contrato. Frente a esta demanda, la empresa demandada alegó que la empresa constructora había cumplido escrupulosamente los términos del contrato firmado con su cliente, y que las afirmaciones recogidas en su publicidad no tenían carácter vinculante. Estas alegaciones de la empresa constructora fueron, sin embargo, rechazadas por el Alto Tribunal. En su opinión, *“siendo muy parco el contrato suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el artículo 1.258 del Código Civil, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa”*. En fin, esta doctrina jurisprudencial se consolida en la ulterior sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1981.

3.3. *El artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

La doctrina iniciada por el Tribunal Supremo en las tres sentencias que acabamos de reseñar fue posteriormente recogida por el legislador, al elaborar la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En efecto, el artículo 8 de este texto legal dispone lo siguiente: *“la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”*.

Pues bien, al analizar e interpretar este precepto, la doctrina científica distingue entre los mensajes publicitarios con un marcado carácter sugestivo, como por ejemplo las exageraciones publicitarias, y aquellos otros mensajes publicitarios en los que se recogen informaciones concretas relativas a las características de los productos o servicios promocionados. Los mensajes con un carácter meramente exagerado, claro está, no entrarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 8, pues –por regla general– no incluyen alegaciones publicitarias concretas relativas a las características de los productos o servicios que luego puedan ser reclamadas por el consumidor. Por contra, cuando en el mensaje publicitario se incluyen alegaciones concretas relativas a una o más características del producto o servicio, éstas características podrían ser luego exigidas por el consumidor conforme al tenor literal del artículo 8. Pero, para entender adecuadamente esta afirmación, debemos distinguir tres supuestos bien distintos.

159

Un primer supuesto sería el de la publicidad que menciona que el producto reúne determinadas características y, sin embargo, en el contrato suscrito entre el consumidor y el vendedor no se hace alusión de ningún tipo a esas características o condiciones. En este supuesto se aplicaría el artículo 8 de la Ley y el consumidor podría exigir las características o condiciones promocionadas aun cuando no formasen parte de las cláusulas del contrato suscrito con el vendedor. Resultan muy significativas, a este respecto, algunas de las sentencias que han ido dictando los Tribunales españoles en aplicación del mencionado artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Como no tenemos tiempo suficiente para resumir todas estas sentencias, nos limitaremos a mencionar una de ellas: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de marzo de 1992. Los hechos que motivaron la misma fueron los siguientes: una persona se había matriculado en una escuela de cinematografía confiando en que sería cierto lo que ésta afirmaba en su publicidad: entre otras circunstan-

cias, que las plazas eran limitadas, que se disponía de plató y cineclub propios, que existía la posibilidad de realizar prácticas o que los alumnos dispondrían de un vídeo profesional. Sin embargo, al comenzar los cursos, aquel alumno pudo comprobar que no se cumplía absolutamente nada de lo prometido, por lo que decidió plantear las oportunas quejas. Pero estas quejas y protestas, ante los responsables de la escuela, no produjeron el efecto deseado: el alumno fue expulsado de la escuela. Decidió entonces presentar una demanda por incumplimiento de contrato, reclamando la devolución de lo pagado y una indemnización por daños y perjuicios.

Estas reclamaciones fueron atendidas por la Audiencia Provincial en la citada sentencia que –entre otras cosas– sostuvo: *“el principio de veracidad y claridad de la propaganda viene establecido legalmente en los artículos 4 y 5 de la Ley General de Publicidad y en el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el que textualmente se dispone que la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades y servicios se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores o usuarios aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido (...). La publicidad emitida por el Centro de estudios demandado, en particular en el aspecto de las prácticas que debían impartirse, que es precisamente el que destaca su cartel anunciador y el que puede por demás ser más relevante o atrayente para los posibles alumnos atendida la índole o naturaleza de los cursos, cuanto menos induce a error al usuario, por lo que el consumidor que así lo exija debe ser protegido en la forma establecida por la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, protección que se materializa con la garantía de devolución del precio satisfecho, con independencia de las cla-*

ses teóricas realizadas y del prestigio de la escuela o de sus profesores, que aquí en puridad no se evalúa, sino la exigible concordancia entre lo que se ofrece y lo que posteriormente se obtiene. La devolución debe ser total en el presente caso, habida cuenta por demás que dadas las quejas del alumno éste fue expulsado transcurrido el primer trimestre”.

Un segundo supuesto, dentro de los tres que pretendemos distinguir, viene constituido por aquellos casos en los que en la publicidad se alude a ciertas condiciones o características de los productos o servicios y en el contrato suscrito por el consumidor se alude al mismo tema pero recogiendo condiciones más favorables para el usuario. En este caso debe prevalecer el contrato sobre las afirmaciones publicitarias. Así lo dispone el artículo 8, párrafo segundo, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, según el cual, *“si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.*

161

Un último grupo de casos, mucho más dudosos, incluiría todos aquellos supuestos en los que en la publicidad se alude a ciertas características o condiciones y en el contrato se incide sobre el mismo tema, pero recogiendo condiciones más desfavorables o perjudiciales para el consumidor o usuario. Ante el silencio legal, la doctrina estima que en este último caso deben prevalecer las alegaciones publicitarias frente a lo pactado en el contrato, pues no cabe olvidar que gran parte de los contratos que suscriben los consumidores son contratos de adhesión, en los que el usuario no tiene conocimiento de las condiciones que en ellos se recogen.

No parece compartir esta opinión, en cambio, un sector de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Llevado por un espíritu excesivamente contractualista y aferrado al dogma de la autonomía de la voluntad, un sector de nuestra jurisprudencia estima que siempre debe prevalecer lo pactado en el contrato, aun cuando en éste se recogiesen condiciones más desfavorables que las afirmadas en la publicidad.

Resulta muy significativa, a este respecto, la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1993. Los hechos que originaron esta sentencia pueden resumirse como sigue: una persona había adquirido un piso confiando en que las condiciones de pago eran las prometidas en la publicidad de la empresa promotora. Sin embargo, una vez entregado el inmueble, la empresa promotora reclamó unas condiciones de pago diversas, condiciones que, según ella, eran las que se habían pactado expresamente en el contrato firmado por su cliente, y que dejaban sin efecto las prometidas en la publicidad. Ante esta contrariedad, el adquirente del piso presentó una demanda frente a la empresa promotora, reclamando la aplicación de las condiciones de pago prometidas en la publicidad. Sin embargo, sus reclamaciones no fueron atendidas por el Tribunal Supremo. En su opinión, si bien era cierto que existían algunas diferencias en el sistema del pago entre los folletos publicitarios y lo finalmente producido, también lo era que esas variaciones no afectaban al precio de la vivienda, por lo que tenían una importancia relativa, y habían sido expresa y minuciosamente pactadas, por lo que carecían de valor para provocar la resolución por incumplimiento o la nulidad del contrato.

Por nuestra parte, coincidimos con la gran mayoría de la doctrina científica cuando critica esta doctrina del Alto Tribunal y afirma que, en caso de discrepancia entre la publicidad y el contrato, deben prevalecer las condiciones prometidas en la publicidad. No cabe olvidar, en efecto, que gran parte de los contratos entre consumidores y empresas son contratos de adhesión en los que el consumidor adopta un papel fundamentalmente pasivo. En muchas ocasiones, de hecho, el consumidor desconoce por completo el contenido de las cláusulas y pactos contractuales a los que se adhiere. De modo que no debe extrañarnos que siga confiando en lo prometido en la publicidad. Es cierto, por lo demás, que —en ocasiones— la supremacía de la publicidad sobre las cláusulas contractuales puede conducir a abusos por parte del

consumidor. No es difícil imaginar casos en los que un consumidor perfectamente informado de los cambios que se introducen en el contrato acepte éste pensando después en reclamar las condiciones más favorables que se le ofrecían en la publicidad. Pero, como afirma la doctrina científica, este tipo de abusos podrían combatirse perfectamente acudiendo a aquellas normas del Código civil que consagran el principio de la buena fe en materia contractual y que prohíben el abuso de derecho.

III. Consideraciones finales

Al principio de esta ponencia afirmábamos que en toda publicidad se encuentran dos componentes diversos: la información y la persuasión o sugestión. Pues bien, las consideraciones hasta aquí expuestas nos han permitido comprobar que el legislador español ha procurado proteger la veracidad del elemento informativo de la publicidad, reprimiendo la publicidad engañosa y permitiendo a los consumidores y usuarios exigir las características y condiciones de los productos o servicios tal y como habían sido prometidas en la publicidad.

Pero no podríamos concluir nuestra intervención sin indicar que, además de proteger la veracidad de la información transmitida por la publicidad, el legislador ha mostrado y muestra también una clara tendencia a fomentar la información frente a la sugestión o persuasión en los mensajes publicitarios. En efecto, con esta finalidad, el legislador ha admitido la licitud de la publicidad comparativa (sujeta a determinados requisitos) y ha impuesto —en ciertos casos— obligaciones especiales de información a los anunciantes.

Como es sabido, la publicidad comparativa es aquella publicidad en la que un anunciante compara sus productos o servicios con los de uno o varios competidores para destacar las ventajas de su oferta frente a la de aquéllos. Así

configurada, la publicidad comparativa es un instrumento sumamente útil para los consumidores, pues proporciona a éstos valiosa información sobre las características y el precio de uno o varios productos en relación con otros productos competidores. En la medida en que, a través de esta modalidad publicitaria, los consumidores pueden obtener fácilmente información que les simplifique su decisión de compra, el legislador español ha decidido admitir la licitud de esta modalidad publicitaria, aun cuando con ella, como es evidente, se puedan lesionar los intereses de los empresarios competidores aludidos en la publicidad.

Pero, además de admitir la licitud de la publicidad comparativa, el legislador español ha optado también por imponer —en ciertos casos— al anunciante unas obligaciones especiales de información. Es decir, en vez de permitir que el anunciante configure libremente el contenido de su publicidad, el legislador obliga a éste a desvelar ciertas informaciones, en algunos sectores, donde se estima que el consumidor necesita una protección más reforzada. Sectores como, por ejemplo, el del turismo. La nueva Ley de viajes combinados —en efecto— obliga a las agencias de viajes a incluir ciertas menciones en los folletos publicitarios que distribuyan entre los consumidores, menciones relativas todas ellas al viaje y sus condiciones y características. Además, y siguiendo la línea marcada por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el legislador español ha optado también por atribuir a estas menciones carácter vinculante. De modo que su cumplimiento pueda ser reclamado en todo momento por el turista o viajero.

En fin, podemos concluir afirmando que el legislador ha respondido a la creciente importancia del fenómeno publicitario, promulgando normas que no sólo protegen la veracidad de las informaciones publicitarias, sino que también pretenden fomentar la información frente a la simple sugestión en los mensajes difundidos a través de la publicidad.

EL EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DE SU *IUS DISTRAHENDI* POR EL ACREEDOR HIPOTECARIO

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (*)

Notario

165

“Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado –el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada– que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado.”

(Del Preámbulo del RD 290/1992, de 27 de marzo.)

Me propongo en este trabajo desarrollar algunas ideas, en homenaje a JOSÉ MARÍA CHICO, sobre la naturaleza del que se viene llamando procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria en el Real Decreto 290/1992; cuestión, a lo

(*) Publicado en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 937-953.

que creo, fundamental para dejar claramente sentada la constitucionalidad de la ejecución extrajudicial, para comprender su desarrollo reglamentario contenido en este Real Decreto y orientar la interpretación de alguno de sus preceptos, y también para iniciar su crítica, ya que, a mi parecer, incurriendo en ciertos confusionismos, no ha extraído todas las consecuencias de la concepción en él prevalente sobre la ejecución extrajudicial (1), que no es tal ejecución, sino ejercicio controlado de un derecho privado.

166 Ahora bien, los conceptos, aun vinculados a unos preceptos positivos concretos, y a las concretas necesidades de la vida que están, unos y otros, llamados a satisfacer, siempre aparecen encadenados. Y sin distanciarnos de nuestro objeto más que lo estrictamente indispensable, no cabe duda de que la ejecución extrajudicial de la hipoteca aparece colateralmente relacionada con las variedades judiciales de la ejecución hipotecaria —el procedimiento judicial sumario; el juicio ejecutivo ordinario—, con las que más de una vez habrá que compararla; y que en la línea recta ascendente, todo dependerá de cuál sea la naturaleza de la hipoteca misma.

Allá por los años cuarenta estuvo muy difundida la tesis de la *naturaleza procesal de la hipoteca*. Desde siempre se había señalado la proximidad conceptual entre el embargo y la hipoteca, hasta el punto de ser calificado el embargo de *pignus judiciale*; por otra parte, la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil era a veces

(1) Para una visión general, puede consultarse mi trabajo "Las nuevas tendencias en orden a la ejecución extrajudicial de préstamos personales y de préstamos hipotecarios", en el Seminario *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, UIMP, agosto 1992, publicada en Civitas, Madrid, 1993, pp. 223-345. Las cuestiones de constitucionalidad están ampliamente tratadas por ROMERO-GIRÓN DELEITO, J.: "Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria", conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 17 de diciembre de 1992, publicada en sus *Anales*, XXXIII, Edersa, 1994, pp. 111-176.

La postura contraria ha sido defendida por LÓPEZ LIZ, J.: *El procedimiento extrajudicial-notarial de ejecución hipotecaria: análisis práctico del RD 290/1992 y formularios comentados*, Barcelona, Bosch, 1993, 594 pp.

llamada garantía “general”, como si tuviera algo que ver con las antiguas hipotecas generales y tácitas erradicadas en 1861. Las cosas no habían pasado, sin embargo, del nivel de metáfora; hasta que los términos se invierten, debido sobre todo a FRANCESCO CARNELUTTI; me limitaré a citar su artículo “Natura giuridica dell’ipoteca” (2), porque en él se hace ya cargo CARNELUTTI de algunas de las objeciones a que su doctrina había dado lugar.

Entre aquellas dos formas de garantía, la “general” derivada de la responsabilidad patrimonial universal, y la “especial”, originada por la prenda o la hipoteca, “hay una diferencia de *medida* –nos dice CARNELUTTI–, no de *naturaleza*”, sin que pueda apreciarse entre ellas “diferencia tal, que consienta atribuir a la segunda aquel carácter material y real que nadie hoy osaría reconocer a la primera” (3). Para que podamos determinar el carácter material o procesal de la hipoteca, “el criterio diagnóstico”, nos dice CARNELUTTI, es éste: “¿a quién incumbe la obligación correlativa al derecho?” (4). Consideremos el derecho de persecución “Hay, ciertamente, una obligación, frente al que tiene el derecho de hipoteca, pero no es obligación del *dominus* a dejarse expropiar, sino obligación *de quien debe expropiar*; que esto sea obligación del oficial o del Estado, es un detalle sin importancia respecto a la cuestión; en una y en otra hipótesis, nadie discute que sea una obligación procesal” (5). Lo mismo ocurre en cuanto a la preferencia; “una obligación, en cuanto a la prelación, no compete sino al oficio ejecutivo” (6). En la hipoteca, pues, para CARNELUTTI, hay sólo “responsabilidad”, sujeción de la cosa al poder de otro; y éste otro no es nunca el acreedor, sino el poder jurisdiccional del Estado.

(2) *Rivista di Diritto Processuale Civile*, XVI-I, 1939, pp. 3-21.

(3) Página 14.

(4) Páginas 8 y 9.

(5) Página 10.

(6) Página 12.

Pocos años después publica mi compañero MANUEL DE LA CÁMARA unas “Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real” (7); bajo este título modesto se esconde un trabajo amplio y profundo, en que se examinan detenidamente dos conceptos claves, la responsabilidad y el derecho real –y el previo de derecho subjetivo–, para llegar a la conclusión de que la hipoteca “no es un derecho real” (8) sino “una forma de responsabilidad”, y “el concepto moderno de la responsabilidad es incompatible con la naturaleza y función de los derechos reales propiamente dichos” (9). En el punto concreto de que estamos tratando, la posición de CÁMARA es mixta; afirma “la imposibilidad de seguir concibiendo hoy la responsabilidad como un poder del acreedor sobre el patrimonio del deudor”, pues “en el derecho moderno es el órgano del Estado, el oficio público, quien toma, quien entrega, quien vende y, en una palabra, quien ejecuta” (10); pero por otra parte sostiene que “responsabilidad y débito son conceptos que están indisolublemente unidos, y que, por tanto, es absurdo hablar de responsabilidad sin débito o de débito sin responsabilidad” (11). Llegado el incumplimiento, a instancias del acreedor “se procede a la ejecución. En su virtud, el deudor queda sometido al poder de los órganos jurisdiccionales del Estado... Respecto a ellos no está obligado, sino sometido. Y esta sumisión en que consiste la responsabilidad sí es ya, desde luego, una situación de Derecho procesal” (12). Pero “antes del incumplimiento, o mejor aún, antes de que se haya iniciado la ejecución, la situación (para el deudor) es una situación de alternativa. O paga o se expone a soportar la ejecución. Uno de los términos de la alternativa es el cumplimiento; el otro, la san-

(7) *Revista de Derecho Privado*, mayo 1949, pp. 377-422.

(8) Página 411.

(9) Página 379.

(10) Página 385.

(11) Página 379.

(12) Página 402.

ción. Y en esta situación de alternativa está, a mi juicio, la esencia de la obligación como deber jurídico. No es otra cosa lo que generalmente se llama deuda o débito. ¿Estamos aquí en presencia de una situación de Derecho procesal? Indiscutiblemente no”, contesta CÁMARA (13); “el interés del acreedor en conseguir la entrega del dinero no está sólo protegido por un puro poder de ejecución, sino previamente por la presión psicológica que el temor de aquélla despierta en el deudor (sea o no deudor personal)... La situación, pues, en todo caso, del dueño de la finca antes de la ejecución no es una situación de responsabilidad, sino una situación de deuda” (14). Pero aquella presión psicológica puede haber resultado insuficiente: “La persuasión (digámoslo así) ha fracasado y cede el paso a la fuerza. La situación deja de ser una situación de Derecho material para convertirse en una situación de Derecho procesal. No es sólo el interés privado el que está en juego; es, sobre todo, el interés público el que exige que no sea defraudado el derecho del titular. Por eso el ejercicio de este poder, también en materia de ejecución hipotecaria, se confía al juez. Y que excepcionalmente se entregue (en el procedimiento extrajudicial admitido por nuestras leyes) a un particular nada significa. Se tratará, como ya hice notar, del ejercicio privado de una función pública” (15).

Terminemos nuestra exposición de las teorías procesalistas sobre la naturaleza de la hipoteca con una breve referencia a MIGUEL FENECH; el título de su discurso no deja lugar a dudas: “La recepción de la hipoteca en el Derecho Procesal” (16); “también a la hipoteca le ha llegado su hora” de

(13) Páginas 401-402.

(14) Página 412.

(15) Loc. cit. en la nota anterior.

(16) Discurso pronunciado en el Instituto Español de Derecho Procesal en el acto de apertura del Curso Académico 1952-1953; recogido en pp. 469-493 de los *Estudios de Derecho Procesal*, de M. FENECH y J. CARRERAS, Barcelona, Bosch, 1962.

destacarse del tronco milenario del Derecho civil (17): “la hipoteca no es otra cosa que un embargo convencional y anticipado de un bien inmueble” (18) y, al contrario, también podemos decir, como de la hipoteca, que “el embargo sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituido” (19). “Al afirmar que la hipoteca constituye un embargo convencional anticipado..., negamos que el ejecutante tenga ninguna facultad sobre el inmueble hipotecado, ya que éste se halla sujeto al poder público del juez” (20). “No existe el derecho de realización de valor, en cuanto el acreedor hipotecario no puede vender por sí la finca hipotecada, sino que tan sólo puede exigir del titular órgano jurisdiccional que realice el valor de la finca y pague su crédito o haga efectiva la responsabilidad del deudor u obligado, luego de terminado un proceso de ejecución forzosa” (21); “el *ius persecuendi* sólo puede justificar la naturaleza real de la hipoteca si fuese el titular de ella quien realizara el inmueble hipotecado. Si el acreedor ejecutante sólo puede *pedir* al juez que venda, y es éste quien lleva a cabo la venta, aquél no ejercita un derecho real sino una acción ejecutiva” (22). Ello no quita mérito, claro es, a la labor realizada por los hipotecaristas; pero, según FENECH, “cuando los tratadistas de Derecho hipotecario escribían sus doctos trabajos, en realidad *hacían Derecho procesal* sin saberlo” (23).

He procurado resumir con la mayor objetividad posible, transcribiendo incluso sus mismas palabras, las doctrinas de los más caracterizados mantenedores de la concepción pro-

(17) Página 472.

(18) Página 478.

(19) Página 477.

(20) Página 483.

(21) Página 481.

(22) Página 486.

(23) Página 472.

cesal de la hipoteca. Porque si la hipoteca fuera una modalidad de la acción ejecutiva, una institución, por tanto, netamente procesal, la naturaleza jurisdiccional de la ejecución hipotecaria –de toda ejecución hipotecaria– resultaría evidente. También para la posición, que hemos llamado mixta, de CÁMARA; porque ésta tiene el gran mérito de destacar la primera fase de toda hipoteca, la única fase de la mayor parte las hipotecas, cuya regulación se va hipertrofiando como si el obtener un préstamo fuera una nueva causa de *capitis deminutio*; pero lo cierto es que para CÁMARA, cuando comienza la segunda fase, cuando se inicia la ejecución, estamos ante una situación de Derecho procesal. Pues bien, *esa naturaleza jurisdiccional de toda ejecución hipotecaria haría totalmente imposible la ejecución extrajudicial*, en aplicación del principio de exclusividad jurisdiccional que, en la forma tradicional entre nosotros, luego repetida por el artículo 2,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, proclama el *artículo 117,3 de la Constitución Española*: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.” Por ello es totalmente imposible la ejecución extrajudicial de los créditos simples.

Las cosas empiezan a cambiar, sin embargo, en cuanto se abandona esa naturaleza procesal jurisdiccional, aunque se mantenga el concepto de *ejecución*. Nótese que en el artículo 117,3 CE sólo hay verdadera exclusividad a favor de los Juzgados y Tribunales “*juzgando*”, decidiendo las controversias, declarando la voluntad de la ley en el caso concreto. En cambio, en la ejecución, “*haciendo ejecutar lo juzgado*”, la exclusividad se limita objetivamente a esto, a “lo juzgado”, a lo decidido en un juicio anterior, a fin de que la ejecución de las sentencias no pueda ser mediatizada; y ello permite la existencia de apremios no judiciales, sino administrativos. Y por otra, no es necesario que el juez o Tri-

bunal ejecute por sí mismo lo que ha decidido, sino que la ley puede encomendar la ejecución a otros funcionarios o personas, físicas o jurídicas, siempre que el juzgador conserve el control de esa ejecución: “*haciendo ejecutar*”, que dice el texto constitucional; así ocurre en el artículo 1.482,2 LEC, redacción de la Ley del Mercado de Valores; en la Ley de Procedimiento Laboral, artículo 260 del texto “corregido”; y en la misma Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en que tantas funciones ejecutivas se encomiendan al secretario: la exclusividad sólo retorna al juez cuando es preciso recurrir a la fuerza [conf. art. 236,m) RH].

172

El resultado obtenido por esas teorías procesalistas ha sido precisamente el contrario al apetecido; profundizando los estudios, se ha reafirmado la conceptualización de la *hipoteca* como una institución de Derecho material o sustantivo, y en concreto como un *derecho real*; baste referirme a la magnífica conferencia pronunciada hace un par de años por el catedrático don FERNANDO PANTALEÓN (24). A mi parecer, los artículos geminados, 1.876 C.c. y 104 LH, marcan nítidamente las dos notas clásicas de todo derecho real: la *inmediatividad* (“sujeta directa e indirectamente los bienes sobre los que se impone”) y la *reipersecutoriedad* (“cualquiera que sea su poseedor”), que también deriva del derecho mismo de hipoteca (25). Y ni siquiera hay que acudir para mantener esta naturaleza real a la doctrina del *numerus apertus*, porque el artículo 2,2.º LH incluye nominalmente a la hipoteca entre los derechos reales: los “derechos de usufructo,

(24) PANTALEÓN PRIETO, F.: “Naturaleza del derecho de hipoteca”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 28 de mayo de 1992, pendiente de publicación en sus *Anales*.

(25) Contra, VALLET: “mientras los demás derechos clásicamente catalogados como reales llevan la reipersecutoriedad ínsita en sí mismos, la prenda y la hipoteca necesitan, respectivamente, de la posesión o de la inscripción para poder perjudicar a tercero”; “Observaciones sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca”, pp. 11-36 de sus *Estudios sobre garantías reales*, Montecorvo, Madrid, 1973; las palabras citadas, en p. 36.

uso, habitación, enfiteusis, *hipoteca*, censos, servidumbres y *otros cualesquiera reales*". La responsabilidad es, en efecto, una sujeción; y no una sujeción de los bienes del deudor al poder del acreedor mismo, sino una sujeción de esos bienes al poder jurisdiccional del Estado; pero este núcleo de verdad de las doctrinas procesalistas queda de hecho limitada a la responsabilidad patrimonial universal, porque no puede impedir que en virtud de una norma legal específica (ejemplo, art. 45 LSA: enajenación de acciones por cuenta y riesgo del socio que se hallare en mora en el pago de sus dividendos pasivos) o de un negocio jurídico (prenda, hipoteca), el acreedor tenga el derecho de enajenar un bien concreto de su deudor (*ius distrahendi*). La reivindicación de la hipoteca por los procesalistas sólo ha sido una consecuencia más de esa "revalorización de la voluntad en detrimento de la inteligencia" de que nos habla con alguna exageración CALAMANDREI (26), que ha querido situar en la ejecución la esencia de la jurisdicción, frente al *iurisdictio in sola cognitione consistit*, que la relegaba a una naturaleza administrativa.

173

Dentro de los derechos reales, la hipoteca es, en cuanto a su función, un *derecho de garantía* y, en cuanto a su contenido, un *derecho de realización de valor*, que implica necesariamente la enajenación del bien hipotecado. "Es también de esencia de estos contratos —dice el art. 1.858 C.c. refiriéndose conjuntamente a la prenda y a la hipoteca— que, vencida la obligación principal, *puedan ser enajenadas* las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor"; y esto no supone sólo que el acreedor hipotecario tenga el "poder de exigir" esa enajenación, como nos dice ROCA SASTRE (27), a pesar de ser el principal crítico, entre

(26) CALAMANDREI, P.: "Il giudice e lo storico", *Studi sul processo civile*, vol. V, pp. 27-51; las palabras citadas, en p. 48.

(27) Concepto de la hipoteca: "un derecho real que, ya de momento, sujeta lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor...", *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., IV-1.ª, p. 121.

nosotros, de la teoría procesalista; porque ese poder de exigir consistiría en exigir del órgano jurisdiccional la enajenación de la cosa. Y no sólo es eso; el acreedor hipotecario tiene él mismo el *ius distrahendi*, el derecho (conf. el art. 1.872 C.c. respecto de la prenda) de enajenar la cosa hipotecada, porque el derecho de hipoteca le confiere una legitimación extraordinaria para disponer en su propio nombre de una cosa ajena, la cosa que el deudor le ha dado en hipoteca. Los derechos reales limitados, como limitativos que son del dominio —“derecho de gozar y disponer de una cosa”, art. 348 C.c.—, pueden afectar al goce o, como aquí y en otros casos sucede (recuérdense los derechos de adquisición preferente), referirse al *ius disponendi*, en el sentido de que los actos de disposición ulteriormente realizables por el propietario quedarán supeditados al ejercicio de su derecho por el acreedor hipotecario, y no en el de privar al propietario de sus facultades dispositivas como, no sé por qué, querría exigir CARNELUTTI (28).

Este *ius distrahendi*, derecho de enajenar la cosa, para realizar su valor y cobrar el crédito, fue ya reconocido al acreedor hipotecario en el *Derecho romano*, como nos enseña ULPIANO, cuando así se había pactado entre el acreedor y el deudor (“*si convenit de distrahendo pignore*”), y también aunque nada se hubiera pactado (“*etsi non convenerit de distrahendo pignore*”), de forma que solamente no lo tenía el acreedor hipotecario cuando así se hubiera expresamente convenido (“*ubi vero convenit, ne distraheretur*”) (29). Mientras que las *Partidas* exigieron pacto expreso (“si tal pleyto es puesto”; “pleyto”, de “placitum”: pacto); notifica-

(28) CARNELUTTI: *op. cit.*, p. 5.

(29) “*Si convenit de distrahendo pignore*, sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere; sed *etsi non convenerit de distrahendo pignore*, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenerit ne liceat; *ubi vero convenit, ne distraheretur*, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit” (*Digesto*, 13, 7, 4: ULPIANO, libro 41 a Sabino).

ción del deudor (“fazer saber”) y subasta pública (“en el almoneda”), y todo ello “a buena fe y sin engaño”, quedando el exceso de precio obtenido a favor del deudor (30).

La Dirección General, reconociendo estos precedentes, les ha opuesto la corriente germánica, manifestada en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real (RR. de 3 de julio de 1920 y 14 de junio de 1933). El *Forum Judicum* requería, en efecto, intervención judicial, pero la norma no fue recogida en su versión romanceada o *Fuero Juzgo* (31); y aunque el Fuero Real exigía el mandato judicial, su principal comentarista, DÍAZ DE MONTALVO, excepciona el supuesto de pacto, que estima lícito (32). El *Registro Notarial de Madrid (1441-1445)*, que está terminándose de imprimir al redactarse este trabajo, confirma la indicada interpretación del Fuero Real (33), recogiendo el pacto, la “postura”, de la ejecución ex-

(30) “*Ponen pleytos a las vegadas los omes unos con otros, quando reciben la cosa a peños, que si aquellos quelos empeñan, non los quitaren fasta el tiempo, o día cierto, que después los puedan vender. E porende dezimos, que si tal pleyto es puesto quando obligó la cosa a peños, e aquél que la empeña non la quita fasta el día que señalaron, que dende adelante bien la puede vender el que la tiene a peños, o su heredero, en aquella manera que fuesse puesto el pleyto quando gela empeñaron. Empero, ante que la venda, lo debe fazer saber al que gelo empeñó, si fuere en el lugar, de cómo la quiere vender, e si él non y fuere, débelo dezir a aquellos que fallare en su casa. E si éste que la tiene a peños lo fiziesse assi, o non lo pudiere fazer por alguna razón, entonces puede vender públicamente la cosa quel fué assi empeñada. E tal vendida se debe fazer en el almoneda, a buena fe, e sin engaño. E si por aventura más valiere de aquello por que él la tiene a peños, lo demás débelo pagar al que gelo empeñó. Otrosi dezimos, que si menos valiere, lo de menos, que gelo debe tornar aquél que empeñó la cosa*” (PARTIDAS, 5, 13, 41).

(31) *Forum judicum*, 5, 6, 3: “*tunc creditor iudici vel praeposito civitatis pignus ostendat, ut quantum iudicio eius, vel trium honestorum virorum fuerit aestimatum, sit ei licentia distrahendi*”. Fuero Juzgo, 5, 6, 3: “estonz el acreedor ensenne el peno al sennor, e quanto asmaren él hy tres omnes buenos, por tanto lo venda”.

(32) Fuero real, 3, 19, 1: “véndalos con testigos de tres homes buenos, con mandado del Alcalde concejaramente, a quien diere más por ellos”. DÍAZ DE MONTALVO glosa: “Mandado del Alcalde. Alias non licere... nisi data sit potestas creditori per debitorem propria autoritate res hypothecatas vel pignoratias vendendi, quod licet”; conf. DÍAZ DE MONTALVO, A.: “*El Fuero Real de España...* Glossado por el egregio Doctor...”, Salamanca, 1569, fol. 189 v.

(33) En Madrid regía el Fuero Real como Fuero municipal (privilegios de 22 de marzo de 1262 y de 2 de mayo de 1339), y por tanto, con preferencia sobre las Partidas (ley 1.ª, título 18, del Ordenamiento de Alcalá).

trajudicial de la prenda, en bienes muebles e inmuebles, incluso en términos muy radicales, y su efectiva aplicación (34).

El Código civil admitió la ejecución extrajudicial de la prenda, sin necesidad de pacto, en su artículo 1.872; llegado el impago, “el acreedor... podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda”; y fracasadas las dos subastas, “podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda”. Es, pues, el acreedor el que enajena o el que se hace dueño de la cosa pignorada; pero tiene que hacerlo “por ante Notario”, expresión que pone bien de relieve la carencia de facultades jurisdiccionales del notario, aunque para resaltarlo guarde silencio respecto de su actividad de control. Y en este sistema del artículo 1.872 se ha inspirado repetidamente el legislador (35).

176

También se inspiró directamente en el artículo 1.872 C.c. —sin olvidar los precedentes históricos, que como acabamos de ver exigían el pacto— la práctica notarial que a finales del pasado siglo introdujo, en virtud precisamente del pacto, la ejecución extrajudicial de la hipoteca; por la razón elemental de que no podía considerarse ilícito para ésta lo que el mismo Código establecía para la prenda. La validez de semejantes pactos fue aceptada por el Tribunal Supremo (SS. de 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902) y por abundante doctrina de la Dirección General de los Regis-

(34) Bienes muebles, 1.437; bienes inmuebles, 185, 201, 542 (ejecución, 1.029), 937, 1.437, 1.548. Ejemplo, 542: “so tal pleito e postura que con él fizó, en que se obligó que pasando el dicho plazo non dándole ny pagándole los dichos maravedís (prestados) dió poder conplido al dicho Pedro González (el acreedor prestamista) para que por sí mismo sin actoridad de alcalde ny de juez e syn ge lo fazer saber, pueda entrar e tomar e vender el dicho majuelo en almoneda pública e fuera de ella a la persona que quisiere e por el preçio que a él bien visto fuere, e otorgar carta de vendita al comprador e compradores...”.

(35) Hipoteca naval, artículo 170 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, que continúa vigente; hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, Ley de 16 de diciembre de 1954; Ley de 17 de julio de 1965, de venta de bienes muebles a plazos; conf. también la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble (derecho de retención, prenda) en Cataluña.

tros, a partir de la resolución de 28 de noviembre de 1893; y el fundamento jurídico es siempre el mismo: el acreedor hipotecario tiene derecho a enajenar la cosa hipotecada, llegado el impago, en virtud de su derecho real de hipoteca (36). Triste derecho sería el del acreedor hipotecario si solamente consistiera en poder ejercitar una acción ante los Tribunales; sobre todo en nuestra época, caracterizada por la mayoría de edad de la vida jurídica extrajudicial, no necesitada ya de la continua tutela de los órganos judiciales.

A esta concepción responde, en fin, el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, según pone especialmente de relieve la frase de su preámbulo que hemos destacado como lema que no figuraba en el proyecto, y que no estará de más volver a leer: “Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado —el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada— que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado.” Por eso, el artículo 236,1 habla de “la realización extrajudicial de la hipoteca”, y no de su “ejecución extrajudicial”, que decía el proyecto; el cambio introducido no puede ser más significativo.

177

Ahora bien, el que el acreedor tenga el derecho de enajenar la cosa hipotecada no quiere decir, en manera alguna, que pueda hacerlo a su libre arbitrio. El abuso más grave, el pacto comisorio, en cuya virtud el acreedor hipotecario podía apropiarse de la cosa hipotecada, fue ya prohibido

(36) R. de 28 de noviembre de 1893: “El derecho a disponer de la cosa hipotecada a fin de obtener un pago que el deudor demora o resiste es *perfectamente inherente a la naturaleza de la hipoteca*.” R. de 3 de julio de 1920: “la facultad concedida por el Derecho romano clásico al acreedor para que pudiese vender la «prenda» si el deudor no cumpliera la obligación pasó a nuestra Ley de Partidas, más como una *atribución emanada del mismo derecho real pignoraticio* que como consecuencia de un mandato expreso o tácito otorgado al acreedor”. R. de 8 de noviembre de 1990: “naturaleza de la enajenación forzosa que la hipoteca provoca. Esta enajenación constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca, y por tanto, *in nuce*, la enajenación está en el mismo acto de constitución de la hipoteca”.

por el Derecho romano, a partir de Constantino, el primero de los emperadores cristianos, e igualmente lo desaprobó y persiguió el Derecho canónico (37). “El acreedor –dice con estos precedentes el artículo 1.859 C.c.– no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”; ni “disponer”, entiéndase bien, como tenga por conveniente, vendiéndolas a las personas y en los precios que quiera; pero sí disponer sujetándose a los términos y formalidades legales; baste pensar que el artículo 1.859 se está refiriendo también a la prenda. Porque el acreedor tiene derecho a cobrar; pero el deudor, o el tercer poseedor, o el fiador real, tienen también derecho a que en la venta se obtenga el mayor precio posible, y a recibir lo que exceda del crédito del acreedor; y el mismo derecho tienen los acreedores posteriores, sean o no hipotecarios.

178

Quiere todo esto decir que el ejercicio del *ius distrahendi* por el acreedor hipotecario ha de ser sometido a unas normas detalladas, severas; y es cuestión de mera oportunidad el determinar a quién ha de encomendarse el control de su observancia. Así, para la prenda, el proyecto de 1851 se había limitado a exigir que la venta se hiciese “en subasta pública”, pero GARCÍA GOYENA comentaba: “la subasta pública y judicial (porque judicial ha de ser siempre) es el único medio posible para evitar fraudes y confabulaciones, y alzar el precio de la cosa” (38); el artículo 1.872 C.c. fue, sin embargo, de otra opinión, y encomendó esas subastas a los notarios. Elección entre el juez y el notario –repetimos– de mera oportunidad legislativa; pero en la que siempre ha de tenerse en cuenta que, conforme dispone el artículo 117,4

(37) Conf. CI, 8, 34, 3, Constantino, año 326; X, 3, 21, 7, Inocencio III, año 1212, Partidas, 5, 13, 12.

En el Derecho preconstantiniano el pacto comisorio era válido; conf. PAPINIANO: *Fragmenta Vaticana*, 9, para quien el precio es cierto era la única objeción que se le planteaba.

(38) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, 1852, p. 178, comentario al artículo 1.775.

CE, “los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior –las jurisdiccionales– y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”; el criterio constitucional, restrictivo de toda competencia no jurisdiccional de los jueces, aunque peque de impreciso, es terminante.

Dada esta naturaleza, la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial no puede derivar del artículo 117,3 CE, por su desjudicialización, por su atribución a la competencia notarial; solamente podría fundarse su inconstitucionalidad en la indefensión del deudor y, en concreto, en la exclusión de la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24,1 de la Constitución. Las posibilidades de defensa que el deudor o, en general, el dueño de la finca hipotecada tienen en el procedimiento extrajudicial son, sin embargo, las mismas que se les ofrecen en el procedimiento judicial sumario; en cuanto a las causas de suspensión del procedimiento, el nuevo artículo 236,ñ) RH prescinde totalmente de su precedente, el artículo 236 RH 1947, para inspirarse directamente en el artículo 132 LH, relativo al procedimiento judicial sumario; y respecto a todas las demás reclamaciones que puedan formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, el nuevo artículo 236,o) RH remite a los cinco últimos párrafos de dicho artículo 132 LH; de manera que las oportunidades que tienen para acudir, con todas las posibilidades de defensa, al juicio declarativo ordinario, son idénticas en el procedimiento judicial sumario y en el procedimiento extrajudicial. Por todo lo cual cabe concluir que las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario (SS. de 18 de diciembre de 1981 y 16 de enero de 1992) son igualmente aplicables al procedimiento ejecutivo extrajudicial; lo que, por lo demás, ya resultaba expresamente de la STC de 18 de diciembre de 1981 acabada de citar (Fundamento Jurídico 5.º). Terminemos recordando que el dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de

nuestro Real Decreto, además de considerar “significativo” que el “Consejo General del Poder Judicial se haya mostrado, en términos generales, favorable a esta reforma”, y de indicar que “la Fiscalía General del Estado ha encomiado el proyecto”, entendió que “tales alegaciones” (las relativas a la invasión del ámbito de reserva de la potestad jurisdiccional), como las vinculadas al principio de tutela judicial efectiva, no fundamentan un veto al proyecto sometido al dictamen”; esas alegaciones habían sido formuladas por el Consejo General de la Abogacía Española y por el Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España.

180

La “ejecución extrajudicial” no es, pues, otra cosa que el ejercicio, legalmente controlado, del *ius distrahendi* sobre la cosa hipotecada, por parte del acreedor hipotecario. Y el “procedimiento ejecutivo extrajudicial” es el acta notarial por medio de la cual se verifica ese control. Ni aquélla ni éste tienen otra naturaleza. Por ello dispone el artículo 236,2: “La enajenación del bien hipotecado se formalizará en escritura pública, después de haberse consignado en acta notarial el cumplimiento de los trámites y diligencias previstos en los artículos siguientes.”

Esta pluralidad de trámites y diligencias, y la consiguiente pluralidad de contextos (conf. art. 236,3), podría llevar a la conclusión de que, en cuanto a su naturaleza instrumental, nos encontrábamos ante un acta plural, que contiene requerimientos, notificaciones, protocolización de documentos, actas de presencia, etc. Pero en realidad se trata de un acta “compleja” y “unitaria”; es un acta de subasta necesaria y especial –en cuanto que es exigida y está regida por normas especiales–, y a este fin de la subasta son accesorias todas las demás actuaciones notariales. Y como tal acta de subasta necesaria, es un acta de presencia, pero no de mera percepción, sino de control del cumplimiento de todos los requisitos legalmente impuestos al acreedor hipotecario para que pueda ejercitar su *ius distrahendi*, enajenando la cosa

hipotecada (39). Esta actividad de control del notario no se verifica a través de mandatos, como la del juez, sino a través de juicios. Pongamos un ejemplo: la negativa a iniciar el procedimiento; “si los requisitos legales no se hubiesen cumplido –dispone el artículo 131,4.^a LH para el procedimiento judicial sumario–, el Juez denegará la admisión del escrito y documentos por medio de auto fundado, que será apelable en ambos efectos”; paralelamente, en el procedimiento extrajudicial, “el Notario examinará el requerimiento y los documentos que lo acompañan” y, aunque calle el artículo 236,b) que así lo ordena, si no estimara cumplidos todos los requisitos legales –salvo las lógicas posibilidades de complemento o subsanación–, formulará su juicio negativo en una diligencia final, con la que queda terminado anormalmente el procedimiento y protocolizada el acta; pero el mandato del juez, como vimos, es apelable, y paralelamente el juicio del notario podrá ser revocado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso del interesado (art. 145,4 RN).

Este control a cargo del notario no presenta ninguna novedad; fuera de los derechos de garantía, a que ya nos hemos referido, la subasta pública notarial se utilizó para la determinación de adquirente y precio, y control del cumplimiento de los requisitos legales, en cuanto a la enajenación de bienes del tutelado, en el sistema de tutela de familia del originario Código civil; y actualmente es el procedimiento que se sigue para la enajenación mediante subasta de bienes, especialmente inmuebles, de fundaciones benéficas y culturales privadas; el Pliego General de Condiciones para la venta de bienes pertenecientes a estas últimas (Anejo I al Decreto 2930/1972, de 21 de julio) expresamente dispone: “Quien presida la Mesa adjudicará el bien o lote de bienes subastados al mejor postor, *si el Notario aprecia en el acta*

(39) Conf. mi trabajo *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, Junta de Decanos, Madrid, 1988, 274 pp.; especialmente, pp. 18, 20 y ss., 86 y ss. y 111 y ss.

que se han observado las disposiciones reguladoras de la subasta y que no se han formulado reclamaciones.” La misión del notario aparece claramente formulada.

El informe del Consejo de la Abogacía sobre el proyecto de este Real Decreto, partiendo de su concepción de la naturaleza jurisdiccional de toda ejecución hipotecaria, afirmaba que sus redactores habían realizado “esfuerzos semánticos para encubrir con otras palabras actuaciones que corresponden estrictamente a los Jueces”. A nuestra manera de ver, y por el contrario, lo que sucedía es que la atribución a los jueces del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH había lógicamente “judicializado”, incluso “procesalizado”, ese procedimiento, sin tener en cuenta que no se trataba de una actuación jurisdiccional, sino de un control de la regularidad de una enajenación en la que estaban implicadas otras personas, que por razones de oportunidad legislativa, por su preparación, por su imparcialidad, se había encomendado a los jueces. La procesalización era creciente: en 1909, el procedimiento se iniciaba por un “escrito”, y a partir de 1944, por una “demanda”; en 1909 era “potestativo” valerse de letrado –y también de procurador–, mientras que desde 1944 la demanda ha de ser autorizada por letrado, y hay que acompañar a la misma los documentos que acrediten el poder del procurador, con lo que también es precisa la actuación de éste; y en la doctrina, el tratamiento puramente procesal encontró su más puro expositor en GUASP (40). Y así llegamos a la STC de 16 de enero de 1992: “El legislador podrá (y quizá convenga que lo haga) introducir una nueva previsión en el proceso del artículo 131 de la LH que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada”, que en el caso “no fue parte en el proceso”; pero, con el mayor respeto, tampoco el deudor es

(40) GUASP, J.: *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, Bosch, 175 pp.

propia­mente “parte” en el procedimiento judicial sumario, ni puede alegar nada, salvo en el concretísimo supuesto de error en la certificación bancaria, en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito del artículo 153 LH. Y todo ello porque el procedimiento judicial sumario no es un proceso. En este contexto, no tiene nada de particular que, junto al fondo, también la terminología se procesalizara. Frente a esta situación apenas reaccionó el proyecto del Real Decreto, pese a las afirmaciones del Consejo de la Abogacía; y ha sido el Real Decreto mismo el que ha logrado casi siempre eliminar esas contaminaciones terminológicas procesales, que generalmente estaban vinculadas a cuestiones de fondo, y que no tenían en cuenta la distinta manera de actuar de jueces y notarios, derivada de la naturaleza, tan distinta, de sus respectivas funciones. Ya hemos puesto un ejemplo de ello; añadamos ahora algunos otros, para confirmar la naturaleza jurídica que hemos atribuido a la ejecución extrajudicial y al acta notarial que la hace posible. Y así pondremos también de manifiesto las diferencias entre el proyecto y el Real Decreto.

La función puramente notarial aparece claramente indicada, y descrita, en el fundamental artículo 236,1, “la realización extrajudicial de la hipoteca se llevará a cabo *ante el Notario* hábil...” (no “por” el notario, que decía el proyecto); confirma esta concepción el artículo 236,f): “... se procederá a la subasta de la finca *ante el Notario*” (“el Notario procederá a la subasta de la finca”, decía el proyecto). Y en uso de esta su función, el notario va autenticando hechos y formulando juicios; y la norma deduciendo directamente de todo ello sus consecuencias jurídicas, sin necesidades alguna de hacer al notario salirse de su función.

En consecuencia, y para encararnos con el punto central, *el notario no aprueba el remate*, como hace el juez en el procedimiento ejecutivo ordinario (art. 1.510 LEC) y en el procedimiento judicial sumario (art. 131,17.^a LH) y como, con un pudoroso impersonal [“se aprobará el remate”, art. 236,g),8],

quería atribuir al notario el proyecto de Real Decreto. El remate resulta automáticamente verificado al mejor postor, en el precio por él ofertado, siempre que éste haya sido consignado; el notario se limita a hacer constar auténticamente estos hechos; y ello es suficiente para que surja la consecuencia jurídica: “la finca quedará adjudicada al rematante”, “y quedará la finca adjudicada al que hiciese la proposición más ventajosa” [art. 236,g),7], y “si en el plazo fijado no consignase el rematante el complemento del precio, se considerará sin efecto el remate principal y se estimará realizado en favor del postor que le hubiese seguido en el orden de su postura” [art. 236,j),2]. En cambio, en el procedimiento judicial sumario el remate es aprobado por el juez mediante auto [art. 131,17.^a] y por tanto en el caso de esa falta de complemento del precio se precisa otra declaración judicial contraria, para pasar a una segunda aprobación del ulterior remate: “se declarará sin efecto el remate y se aprobará el remate del postor que le hubiese seguido en el orden de su postura” (art. 131,15.^a, 3 LH). El proyecto de Real Decreto se había dejado llevar también aquí por este planteamiento judicial: “se declarará, sin conceder al postor audiencia ni recurso alguno (!), sin efecto el remate principal, y se aprobará el del postor que le hubiese seguido en el orden de su postura” [art. 236,j),2]. No es de extrañar que el informe del Consejo General de la Abogacía viera atribuidas a los notarios funciones jurisdiccionales; pero no hay nada de esto; el notario se limita a autenticar hechos, que es su función: quién es el mejor postor, cuál es su oferta, si ha completado o no la diferencia de precio en el tiempo establecido, y en este último caso, quién es el postor que le sigue y su oferta; es la Ley la que directamente deduce las consecuencias jurídicas de estos hechos.

Lo mismo ocurre con la *adjudicación de la finca al acreedor*; si no hubiese postura admisible el acreedor “podrá pedir” [art. 236,g),3 y 5] esa adjudicación; se trata, por tanto, de una facultad o de un derecho del acreedor [art. 236,g),4 y 6], y

el notario no tiene que adjudicarle la finca, para lo que carece de potestad; se limitará a dejar constancia en el acta del ejercicio de ese derecho por parte del acreedor, y en consecuencia dar por terminada el acta y proceder a la autorización de la escritura. El notario actuará en esta escritura solamente como notario; es el acreedor mismo el que acepta la adjudicación y, en el caso de que fuera la persona designada en la escritura de hipoteca para otorgar dicha escritura (art. 243,1,3.^a), él mismo se hará la adjudicación. En el procedimiento judicial sumario la regulación es paralela (art. 131,10.^a, 11.^a y 12.^a), pero al final el juez dicta auto aprobando la adjudicación (art. 131,17.^a).

Hagamos finalmente resaltar que en este mismo auto del artículo 131,17.^a LH el juez ordenará “la *cancelación de la hipoteca* que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las *inscripciones y anotaciones posteriores* a la inscripción de aquélla”. El notario nunca podría dar semejantes órdenes; pero es que no hacen falta para nada —y esto revela una vez más la procesalización que ha sufrido el procedimiento judicial sumario—, porque la extinción de tales derechos viene impuesta directamente por la Ley y, en consecuencia, su cancelación resulta obvia; de aquí el nuevo artículo 236,1,3: “La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella.”

Esta exposición ha sido un poco larga; pero era necesaria para demostrar que la regulación concreta del procedimiento extrajudicial obedece a la naturaleza que le habíamos atribuido. Terminemos examinando algunas posibles objeciones en contra.

El artículo 234,1 exige que sea aplicable el procedimiento extrajudicial “que en la escritura de constitución de la hipoteca se haya *estipulado la sujeción* de los otorgantes a este procedimiento”; no es, pues, suficiente, como ocurre en

el procedimiento judicial sumario, con que la escritura contenga ciertos requisitos especiales (tipo de subasta, domicilio, etc.) que se consideran indispensables para la agilidad, el buen éxito del procedimiento; es preciso que el procedimiento mismo sea pactado por las partes.

Es éste, en sí, un requisito anómalo; porque si se considera que el procedimiento extrajudicial ofrece garantías suficientes, debe aplicarse a la ejecución de todas las hipotecas para las que se considere adecuado; y si no las ofrece, tiene que suprimirse. Pero tampoco su entidad es suficiente para desnaturalizar la ejecución extrajudicial; hasta el punto de que el pacto, como vimos, era exigido también por nuestro Derecho histórico.

La culpa, en este caso, no la tiene el Real Decreto, que no podía prescindir del artículo 129,2 LH: "en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento extrajudicial...". El origen de esta exigencia se encuentra en aquella manera por la que el procedimiento extrajudicial se introdujo en nuestra práctica jurídica; el Código civil había regulado un procedimiento extrajudicial para la ejecución de la prenda en el artículo 1.872, pero había guardado silencio en cuanto a la hipoteca; y por ello se pensó que en materia de hipotecas la ejecución extrajudicial solamente podía tener lugar en virtud de la libertad de pacto del artículo 1.255 C.c.; el RH de 1915 aceptó esta opinión, con cita expresa de dicho fundamental artículo del Código.

La idea, sin embargo, era equivocada, pues ninguna norma establecía que el ejercicio del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario tuviera necesariamente que realizarse por un procedimiento judicial. Y como toda idea equivocada tuvo consecuencias deplorables; pues de la naturaleza –personal– del pacto, que sólo produce efectos entre las partes contratantes y sus herederos (art. 1.257 C.c.), el RH de 1915 dedujo que el procedimiento era inaplicable cuando existieran terceros; y ello supuso la desaparición práctica de la ejecución extrajudicial, que el deudor podía fácilmente eludir, sin

necesidad siquiera de plantear una oposición judicial por el sencillo sistema de hacer surgir un tercero (segunda hipoteca; arrendamiento inscrito, etc.), real o simuladamente.

La LH 1944-1946 ha eliminado esta consecuencia; el procedimiento extrajudicial, añade el artículo 129,2, “será aplicable aun en el caso de que existan terceros”; pero de manera poco lógica, ha mantenido la causa de la que esa exigencia procedía: la necesidad de que el deudor, que consintió que el acreedor tuviese un *ius distrahendi* sobre la cosa hipotecada –pues no otra cosa es la constitución de la hipoteca–, tenga que prestar en la misma escritura un segundo consentimiento para que ese *ius distrahendi* pueda ejercitarse por un procedimiento legal.

Ahora bien; antes de 1915 este procedimiento legal no existía; y aquí sí tenía sentido la práctica anterior, pues esa laguna sólo podía llenarse al amparo del artículo 1.255 C.c., con graves peligros, por cierto, para los deudores; la libertad de pacto de los trámites del procedimiento debiera por ello haber desaparecido en cuanto se introduce, en el RH de 1915, un procedimiento reglamentario, y sin embargo su artículo 201 lo regula “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil”; la Dirección General tuvo que afirmar, en consecuencia, que las reglas del artículo 201 RH estaban “consignadas *ad exemplum*” (RR. de 10 de octubre de 1928 y de 14 de junio de 1933), pero también puso de manifiesto, aun antes del RH de 1915, que era indispensable guardar los requisitos que esencialmente exigía el artículo 1.872 C.c. para la enajenación de la prenda, al haberse inspirado en él la ejecución hipotecaria extrajudicial, de manera que en todo caso los trámites pactados tenían que constituir suficiente garantía para el deudor y demás interesados; “razón por la cual, aun tratando la materia con un criterio de amplia libertad, no cabe prescindir en la práctica notarial, si ha de evitarse la ley comisorias, de las condiciones normalmente exigidas en lo tocante a notificación, edictos, publicaciones y plazos, entre los cuales se en-

cuenta el término que ha de correr antes de la subasta” (R. de 20 de diciembre de 1922); ni cabe establecer, en concreto, que “se da el deudor por requerido al pago desde ahora y para entonces, o sea, cuando venza el plazo de la deuda, y se pacta que el anuncio de la subasta sirva de notificación al mismo” (R. de 9 de junio de 1910). Esa libertad de pactos fue suprimida en la vigente LH 1944-1946, artículo 129,2 (el “procedimiento ejecutivo extrajudicial... será aplicable..., con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario”), al que se acomoda el Reglamento en el actual artículo 235,2: “La ejecución extrajudicial se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes”; no tienen, por tanto, los deudores, los consumidores, nada que temer.

188

Si no fuera por tales antecedentes, la exigencia del pacto podría significar un recelo hacia el procedimiento extrajudicial; pero no es más que un arrastre histórico, que implica, desde luego, un contrasentido, pero que no empaña la naturaleza de la ejecución extrajudicial.

A fin de que pueda utilizarse el procedimiento extrajudicial, se requiere también que en la escritura de constitución de la hipoteca conste “la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante”, pudiendo a tal efecto “designarse al propio acreedor” (art. 234,1,3.ª). Resultaría, en contra de lo aquí sostenido, que llegada la hora de la verdad quien enajena la finca hipotecada no es el acreedor hipotecario en virtud de su derecho real de hipoteca, sino el hipotecante, a través de un representante; y aunque el precepto nos parece claramente desgraciado, su último inciso —“A tal efecto podrá designarse al propio acreedor”—, rectamente interpretado, no deja de señalar, entre sombras, que es al acreedor a quien corresponde esa enajenación; veamos, para intentar entenderlo, cuál fue su origen histórico.

Al comenzar a pactarse el procedimiento extrajudicial, en un ambiente acostumbrado a que las hipotecas sólo se eje-

cutaban judicialmente, la mayor dificultad que encontraba en la doctrina era precisamente ésta: quién firmaría la escritura de venta a favor del rematante si el deudor se negaba a hacerlo; hasta el punto de ser lo que impidió que el procedimiento extrajudicial fuera acogido en la Ley Hipotecaria de 1909.

En el procedimiento ejecutivo ordinario, que aparte del juicio declarativo era el único existente hasta 1909, el artículo 1.514 LEC ahora subvertido ordenaba que la escritura de venta se otorgara por el deudor, y en su defecto, por rebeldía u otra causa, la otorgaría el juez de oficio. Al crearse en la reforma hipotecaria de 1909 el procedimiento judicial sumario, el artículo 131,17.^a LH parte de la misma base teórica, porque aunque se declara directamente inscribible el testimonio del auto, éste se aprueba por el juez “en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenan”, expresión que perduró hasta la Ley 19/1986, de 14 de mayo. Cuando se discutía aquella que habría de ser Ley Hipotecaria de 1909, se presentaron en el Senado dos enmiendas, una por don Luis Palomo y otra por el notario don Darío Bugallal, ambas en el sentido de que se introdujera también un procedimiento extrajudicial; se opuso en nombre de la Comisión don Carlos Álvarez Guijarro alegando su innecesidad, dada la libertad de pacto existente; la disposición legal, le repuso el senador don Elías Tormo, era indispensable: “si hay Juez habrá escritura...; pero si no hay Juez que en nombre del ejecutado venda, y éste no se presta naturalmente a la venta, es completamente inútil... toda la tramitación”; por ello, “es preciso que lo diga una ley, y no sólo que lo diga, sino que saque las consecuencias necesarias para que, o bien el notario, que es la representación del ejecutado, o para este último y solo caso por la intervención del Juez, ante el cual se presenta la tramitación notarial que el Juez aprueba en un solo acto, sea el otorgante del documento inscribible”; estos tantcos no convinieron al Sr. Álvarez Guijarro: “Cuando el deudor falte –y

llamo deudor al obligado—, ése es un contrato como cualquier otro; si se niega al cumplimiento de la obligación, de ese incumplimiento del obligado nacerán todos los derechos a favor de aquel para quien se contrajo la obligación que está establecida en el Código” (41); es decir, si el deudor no cumple con su obligación de otorgar la escritura de venta a favor del rematante, el acreedor tiene que acudir a los Tribunales, a fin de que, en su rebeldía, la otorgue el juez; para lo cual es preferible instar desde el principio un procedimiento judicial; el procedimiento extrajudicial, admitido por todos, quedó en consecuencia sin regular.

Y entonces se inventó este rodeo; que en la escritura de hipoteca se designara por el deudor un mandatario que en su día firmase la venta de la finca; así lo presuponía el artículo 201,5.^a RH de 1915, al exigir que en la escritura de venta constase el consentimiento de dicho mandatario; y lo consideró indispensable la Dirección General (R. de 16 de junio de 1936) y tras ella el RH de 1947 (art. 234) y el precepto vigente que comentamos.

La calificación de “mandatario” que hasta ahora se utilizaba no era, sin embargo, fácilmente sostenible; bastaba con recordar las causas de extinción del mandato del artículo 1.732 C.c.; la Dirección General tuvo que declarar que este mandato no se extinguía por muerte del deudor, esto es, del mandante (R. de 2 de junio de 1914); ni tampoco por muerte del mandatario cuando era designado más bien por “su carácter de acreedor”, supuesto en el que transmitía la facultad a su heredero (R. de 6 de octubre de 1915); y en suma, que “no puede considerarse como un simple mandato revocable, sino como un pacto bilateral y de garantía que los contratantes han podido válidamente establecer” (R. de 2 de junio de 1914); de manera que sería un man-

(41) Conf. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Fuentes y Evolución*, t. II, vol. 1, *Leyes de 1909*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1974, especialmente pp. 257, 265, 419-421 y 427-428.

dato irrevocable, o más bien no sería mandato, sino vínculo contractual.

El problema sigue ahí, sin que pueda ser orillado, como ha pretendido nuestro Real Decreto 290/1992, por el sencillo procedimiento de omitir toda calificación: “*la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca*”; y dejando también en la incertidumbre quién es el que designa esa persona; en una incertidumbre relativa, porque en el RH de 1947 al mandatario lo designaba “el deudor” y ahora, si va a actuar “en representación del hipotecante”, no puede caber duda de que habrá de ser designado por el hipotecante.

Y sigue sin abordarse la cuestión de fondo; ¿para qué nos vale una persona que representa al deudor o al hipotecante iniciales, los que lo eran al tiempo de otorgarse la escritura de hipoteca, cuando éstos no sean ya los dueños de la finca al tiempo de otorgarse la escritura de venta? La respuesta no puede ser más que una; ni era mandatario, ni es representante; sino que obra por razón de un cargo u oficio de Derecho privado.

191

Pero con ello no se resuelve todo, pues el problema puede plantearse en forma todavía más radical. La Dirección había declarado que el mandatario designado podía ser el propio acreedor (RR. de 6 de octubre de 1915 y 21 de julio de 1939) y así lo permitió expresamente el RH de 1947, y lo hace el RH vigente en el inciso que comentamos: “A tal efecto podrá designarse al propio acreedor.” La disposición, “difícil pirueta” según el informe del Consejo General de la Abogacía, rayaría en el absurdo si no se tiene en cuenta su alto valor significativo; porque lo que viene a insinuarnos es que, en realidad, el consentimiento del acreedor hipotecario es el único necesario, porque tiene un *ius distrahendi* sobre la cosa hipotecada, que origina una legitimación extraordinaria para disponer de ella en nombre propio.

La Dirección General había sentado los puntos en que apoyar esta doctrina correcta; “no es necesaria la previa ins-

cripción a favor de los herederos del deudor” (R. de 2 de junio de 1914); “no estima necesaria la designación nominal de los herederos contra los que se sigue un procedimiento ejecutivo hipotecario” (RR. de 18 de abril de 1913 y de 6 de octubre de 1915); “la posibilidad de designar con fuerza real una persona” (R. de 3 de julio de 1920); “y como en el caso presente no se ha atendido a cualidades especiales del apoderado para conferirle la facultad de enajenar, sino más bien a su carácter de acreedor” (R. de 6 de octubre de 1915). Las cuatro primeras resoluciones cortan, en efecto, toda relación con el deudor —con el hipotecante, que dice el texto actual—, a quien no hace falta representar para nada; y la última pone de manifiesto que es el acreedor mismo, como tal, el que tiene esas facultades de enajenación que, como si no las tuviera, quieren dársele por los rodeos de la designación por “su carácter de acreedor” y de la representación.

Pero el Real Decreto 290/1992 no se ha atrevido a cortar el nudo gordiano; a suprimir de raíz el actual artículo 234,1,3.^a y declarar que, sometiéndose a los cauces legales, es el acreedor el que tiene la legitimación para disponer. Cuando antes afirmé que el deudor debía consentir dos veces me quedé corto, porque como ya dijo MORELL, “el deudor ha de dar tres veces su consentimiento: en la hipoteca, en el pacto y en la escritura” (42). La resolución de 1 de julio de 1930 admitió la inscripción de una escritura otorgada por el acreedor sin haber sido designado expresamente mandatario; después de sesenta años, esa realidad no ha acabado todavía de abrirse paso.

(42) MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. IV, 2.^a ed., Madrid, 1930, p. 179.

APROXIMACIÓN AL ORIGEN HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

ISAAC TENA PIAZUELO

*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
en la Universidad de Zaragoza*

193

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LOS ORÍGENES DE LA *SOCIETAS* EN EL DERECHO ROMANO. **III.** CONCEPTO Y CARACTERES. **IV.** CLASES. **V.** RÉGIMEN JURÍDICO Y EXTINCIÓN.

I. Introducción

Para entender qué es hoy el contrato de sociedad resulta muy interesante el estudio de sus orígenes. Siendo así, no deja de sorprender la escasa atención que, tanto en la doctrina científica civil como mercantil, se ha dedicado a intentar un relato histórico que permita construir los antecedentes, o el modelo lejano, del contrato de sociedad que hoy aparece (diversificado en clases distintas) en nuestro Derecho privado (1). Tal principio u origen hay que buscarlo en el Derecho de Roma donde se formó una institución que llegó a nuestro país del mismo modo que a otras partes del Imperio, y que evolucionando por la fuerza de las necesidades del tráfico jurídico-económico dio lugar a lo que actualmente conocemos por contrato de sociedad (2).

194

(1) Con la salvedad de CASTÁN, en su comentario al *Código civil* de MUCIUS SCAEVOLA, los autores que tratan del contrato de sociedad no suelen ofrecer un estudio sistemático de una historia, para cuya construcción es preciso acudir a los especialistas del Derecho romano.

(2) Para que sea de interés el estudio de los antecedentes romanos del contrato de sociedad no sólo resulta determinante la natural influencia del Derecho romano en los ordenamientos del grupo latino (y aun en alguno de los del grupo germánico, que se contraponen a aquél), entre los que el nuestro se incluye; además, aunque es presumible la existencia de formas asociativas entre los pueblos fenicios, y en la antigua Grecia, ni en uno ni en otro caso han llegado hasta nosotros noticias ciertas sobre su régimen y organización. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., "Del contrato de sociedad", en Q. M. SCAEVOLA. *Código civil*, Tomo XXV, Vol. 1.º, Madrid, 1933, págs. 307 ss. En cambio es en el Derecho de Roma —como el mismo autor señalando— podemos estudiar textos que en buena medida se han conservado, así en el *Digesto* la rúbrica "Pro socio" agrupa 84 fragmentos de los principales jurisconsultos.

Para PUIG PEÑA, cuando trata de la evolución histórica del contrato de sociedad, vid. su *Tratado de Derecho civil español*, Tomo IV, vol. II, Madrid, 1951, pág. 363, y especialmente la nota 1, "en la época primera, aunque todavía no estaba profundamente desarrollado el espíritu asociativo, se conoce ya el contrato de sociedad. Es lógico suponer que, dado el genio expansivo y mercantil de los fenicios, aplicasen éstos la idea de sociedad. Sin embargo, no poseemos testimonios de estos particulares. Igual sucede con el Derecho griego, aunque parece que conocieron ese contrato, según se desprende de las Instituciones de Justiniano. Es en Roma donde conocemos los primeros antecedentes..."

Para un estudio completo de la sociedad en Derecho romano, téngase en cuenta CANCELLI, F., voz "Società (Diritto romano)", en *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1980, págs. 495 ss., junto con el extenso catálogo bibliográfico que proporciona.

Cuánto más es ineludible contemplar el Derecho romano cuando, en el caso del contrato de sociedad, la transformación de su aspecto originario ha sido menos notable que en otros contratos, y en sus primeras formulaciones ya aparecen buena parte de los rasgos que todavía hoy nos permiten caracterizar y definir a la sociedad (3).

Definitivamente en el caso del contrato de sociedad (y en particular cuando se trata de sociedades civiles) ha de testimoniarse la notable influencia del Derecho romano, incluso puede pensarse que el régimen del Código civil padece un cierto arcaísmo que hace más acusadas las similitudes (4). Sin embargo tampoco es cierto que el contrato de sociedad civil se derive directa y exclusivamente del Derecho romano, sino que se han producido recepciones intermedias o indirectas y señaladamente es acusada la influencia de la Codificación francesa (5) y de la doctrina científica en que se inspiró. A mejor abundamiento de lo dicho, e insistiendo en la importancia mayor que tiene para nuestro contrato de sociedad el ver cómo se desenvuelve en Roma, otra medida de su relevancia nos viene impuesta por vía de necesidad, por lo poco que en realidad se ha estudiado la historia del derecho de obligaciones de nuestro país (6). Y lo que mejor

(3) Como podrá comprobarse la sociedad del Derecho romano responde básicamente a las mismas características con que, sobre todo nuestro Código civil, se tipifica actualmente el contrato de sociedad. También puede encontrarse en aquel Derecho histórico el germen de los problemas, en la actualidad subsistentes, de confusión entre sociedad y comunidad, al tener ambas (*societas* y *communio*) un mismo origen en el *consortium*.

(4) Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, Vol. 1.º, Madrid, 1986, págs. 5 y 6. Entre otras manifestaciones del citado arcaísmo, puede verse, por ejemplo, como nuestro Código sigue tratando las "sociedades universales" cuando rara vez se dan en la práctica.

(5) Realmente peculiar es esta influencia del Derecho francés en materia de sociedad, pues por seguirlo el Código español se apartó el codificador de lo dispuesto por la Ley de Bases de 1888 para que se inspirara en nuestro Derecho histórico.

(6) Por si pareciera una afirmación desmedida, transcribo las palabras, aunque dichas hace más de medio siglo, de quien con más autoridad que la mía afirmaba que "la historia del derecho español está por hacer, y especialmente el derecho de

se conoce sobre el contrato de sociedad precisamente concuerda con pocas especialidades con el Derecho romano, tal como sucede con los códigos –ambos del siglo XIII– de las Siete Partidas (7) de Alfonso X y con el de las Costumbres de Tortosa (*Consuetudines Dertuse o Costums de Tortosa*, que en cuanto al contrato de sociedad son más inorgánicas que las Partidas, básicamente porque se deja autonomía a los socios para que establezcan sus propias normas).

En otro orden de cosas, es conveniente para facilitar una aproximación al Derecho romano, el que advierta que deberíamos distanciarnos de la formulación y estructura actual del contrato de sociedad, dado que los juristas romanos clásicos no desarrollaron una teoría sistemática del “contrato” en general, tal como ha llegado a entenderse (8). “Por regla general –refiere SCHULTZ (9)– se conformaron con discutir los tipos singulares de contrato y cuando excepcionalmente se atrevieron a esbozar una teoría general, no hicieron otra cosa que llevar a cabo un pobre intento... Las escuelas post-clásicas de Derecho mostraron a este respecto un mayor interés, pero en conjunto, fue la jurisprudencia del Derecho romano común, la verdadera creadora de un teoría general

obligaciones, se encuentra casi por completo inexplorado”. Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., “Del contrato de sociedad”, en Q. M. SCAEVOLA, *Código civil*, Tomo XXV, Vol. 1.º, Madrid, 1933, pág. 353. Aunque existen ya grandes obras generales sobre la historia del derecho español (entre las cuales baste citar vgr. la de LALINDE ABADÍA, J., *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1970), es lo cierto que se echa en falta un estudio de detalle más particular de instituciones concretas del Derecho civil, y dentro de él de contratos como el de sociedad.

(7) Vid. GARCÍA GALLO, A., “El Libro de Leyes de Alfonso X el Sabio”. *Anuario de Historia del Derecho español*, n.º 21-22 (1951-52), págs. 345 ss.

(8) Por eso precisamente el título de este trabajo se refiere a la “sociedad”, y no al “contrato de sociedad”.

(9) SCHULTZ, F., *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960, cfr. págs. 445 ss. *Ibidem*, vid. la etimología y origen del término “contrato”; llega a concluir el autor que “sin duda alguna, el término jurídico *contractus* fue acuñado por los juristas del período último de la República, tal vez por el mismo Servio. Originariamente significó celebrar o realizar un acto y fue usado en unión con un sustantivo en genitivo... pero como los juristas aplicaron el nuevo término únicamente a los contratos, ocurrió que éste se indentificó con el contrato mismo”.

del contrato". Incluso se ha llegado a hablar en el caso concreto del contrato de sociedad —como lo hace el autor precitado (10)— de una "aversión sentida por los romanos a toda forma de *societas*", que resultaría justificada por el característico espíritu liberal e individualista de su Derecho, y lo que a su vez explicaría que el contrato de sociedad generase solamente un mínimo de obligaciones predeterminadas, y que no se desarrollaran en Roma las modernas formas de sociedades comerciales e industriales.

Por último, debo advertir que la intención de este breve examen histórico es establecer las características originarias del contrato de sociedad, no la elaboración de una historia de la sociedad, de ahí que me concrete solamente a aspectos y épocas muy específicos sin pretender un examen cronológico exhaustivo.

II. Los orígenes de la *societas* en el Derecho romano

Sería una simplificación poco convincente el tratar de insinuar que el origen remoto de la sociedad se encuentra en un "contrato" de sociedad existente desde un principio. Pues como se sabe, la cristalización contractual de unos modos uniformes de proceder siempre sigue a algo previo, a una necesidad preexistente que es satisfecha espontáneamente por un grupo social; y es en el momento en que se hace preciso que la realidad sea tutelada por parte del poder constituido sobre un colectivo humano, cuando se crea un marco normativo que es cognoscible por todos los interesados, y que resulta de aplicación generalizable a los intereses que sean homogéneos con el modelo juridificado. En el caso del contrato de sociedad sucede algo parecido: no puede determinarse el momento histórico en que apareció la utilidad de buscar una figura similar a lo que hoy es para nosotros ese

(10) *Cfr. Op. cit.*, pág. 528.

contrato, porque las necesidades a que con él se da solución son connaturales a la especie humana, ya que desde siempre los individuos han sido menesterosos de cooperar entre sí para la obtención de los fines que les son propios.

Sobre esa fase preliminar de una evolución que conduce al contrato de sociedad, ni son muchas las noticias que han llegado hasta nosotros, ni claramente y con separación de otras formas asociativas próximas que desde siempre han podido existir, nos permiten descubrir los perfiles que tuvieron las formas "societarias". Más bien hay que pensar que el embrión de la sociedad aparece tardíamente, cuando otras formas de colaboración primitivas se van mostrando insuficientes, debido a una evolución y multiplicación de las necesidades de los grupos humanos. Aunque la relativa ignorancia de los orígenes remotos del contrato de sociedad no tenga demasiada importancia desde el punto de vista de lo que aquí se está tratando, mayor desánimo produce el que respecto a las fuentes del Derecho romano clásico, en ocasiones, sólo se tenga noticia de que existieron sin que de ellas quede constancia, cuando no sus rastros documentales se han conservado de manera fragmentaria, o tal vez con adulteraciones e interpolaciones posteriores cuyo origen y sentido son difíciles de descubrir (11). Otro dato a tener en cuenta es que la información de que se dispone permite configurar un camino evolutivo desde las primeras formulaciones de la sociedad, el cual sufrió diversas transformaciones con el devenir de los siglos, de tal manera que no ha habido un concepto único e inalterado y haya que referirlo más bien a determinadas épocas. En cualquier caso parece que el *contractu societatis* clásico se inscribía dentro del *ius*

(11) Es ejemplo de la relatividad de lo que se sabe de la sociedad en Derecho romano, cómo tiene que reformularse o completarse tras el hallazgo de textos singularmente importantes; así sucedió con el descubrimiento del pergamino de El Cairo, en 1933, que contenía fragmentos de las "Instituciones" de GAYO y que en particular suministra una preciosa información sobre el *consortium*, y sobre cómo originó la *societas*.

civile y no en el *ius honorarium*, y que la *societas* existe ya en el último siglo de la República (12).

El origen de la *societas* es oscuro, o, cuando menos, discutido; parece por otro lado que no todas las formas o clases de sociedad tienen un tronco común. La *societas omnium bonorum*, a la que luego tendré ocasión de referirme y que es aquélla en que los *socii* (13) ponen en sociedad la totalidad de su patrimonio, parece originarse a partir del llamado *consortium*, el cual a su vez es inicialmente una forma de comunidad hereditaria, *genus societatis proprium civium Romanorum*, que desaparece en la época antigua y que por influencia del *ius gentium* ocasiona la *societas* (14).

Esa rudimentaria manifestación de sociedad familiar que fue desembocando en el contrato consensual de sociedad (15),

(12) Cfr. SCHULZ, F., *Derecho Romano clásico*, Barcelona, 1960, pág. 525.

(13) En sentido no estrictamente jurídico, “socii” o socios son “los que se integran confiadamente en un grupo para conseguir determinados fines de utilidad común; por ejemplo los aliados en una guerra”. Vid. D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1981, pág. 542.

(14) Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, 1990, pág. 412.

Como señala ARIAS RAMOS, en su trabajo *Los orígenes de la sociedad: “consortium” y “societas”*, cfr. pág. 141, el enlace histórico entre sociedad y *consortium* ha sido siempre *communis opinio* entre los romanistas.

(15) TORRENT. A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1991, cfr. pág. 438, comenta que “... precisamente de estos orígenes familiares, quedaría aquella *affectio societatis* o *ius quodammodo fraternitatis* que algún texto afirma existente en las relaciones entre los socios”.

Sin embargo, SCHULZ cree que estos textos están interpolados, cfr. pág. 525 de su *Derecho Romano clásico*, Barcelona, 1960. En este mismo sentido, vid. ROTONDI, M., “Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil”, *RDP*, septiembre de 1958, pág. 724. Vid. la voz “societas” en CITATI, G., “Indice delle parole e delle frasi ritenute interpolate nel Corpus iuris”, *Bulletino di Diritto Romano*, XXXIII, 1923, pág. 131.

Puede verse una amplia exposición de las distintas opiniones respecto del *animus contrahendae societatis*, en HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, págs. 33 ss. La propia del autor es que “... el *animus contrahendae societatis* es el elemento intencional, que mueve a las partes que celebran el contrato de sociedad a prestar su *consensus* sobre las características que conforman el contrato, tales como: medios, objeto, beneficios, pérdidas, etc., y que configuran la sociedad que se proponen constituir. Por tanto, constituimos una sociedad cuando queremos constituirla; pero no es necesaria una manifestación expresa de nuestra intencionalidad, al igual que no se requiere un consenso expreso, pudiendo ser el mismo tácito”.

el *consortium* o *societas erecta* no cito (es decir la “sociedad sin dividir”, cuando los herederos no dividían la herencia) es la que se originaba entre los hijos (*heredes sui*) al morir el *pater familias*, estando unidos los socios por una relación de solidaridad (16). En este origen del contrato de sociedad aparece ya el germen de la confusión que en ocasiones se produce entre dos fenómenos distintos, la comunidad de bienes y el contrato de sociedad (17). Pues parece que de aquel *consortium* derivaron tanto la *communio* como la *societas*, aunque no sea claro cuándo y cómo llegaron a independizarse uno y otro fenómeno (18). Tanto es así que, aunque hoy distinguimos claramente los términos, originariamente y en la época clásica del Derecho romano con la voz *societas* se hacía referencia a una comunidad (al *consortium*) y no al contrato consensual de sociedad, al tiempo que la referencia a los *socii* designaba a los comuneros (19).

(16) Este es su sentido más propio, aunque en el Derecho arcaico también podían constituir esa sociedad personas que no fuesen herederos del causante.

En definitiva, en cuanto al origen de la *societas*, la secuencia histórica comenzando por el *consortium* (primero de los herederos, después incluso de personas que no fueran *heredes sui* del *pater familias*), tendría también referencia en la *societas omnium bonorum*, y posteriormente encontraría sociedades de otras clases distintas.

(17) Es precisamente en torno a los casos de coexistencia de sociedad y comunidad donde se plantean mayores dificultades. Cfr. el prólogo de REINOSO BARBERO, F., a HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992.

(18) Para TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1991, cfr., pág. 439, “La respuesta a esta pregunta es problemática; en todo caso creo indudable que en los primeros tiempos clásicos aún no estaba totalmente aclarada esta cuestión, y la *societas omnium bonorum* clásica participa de muchos de los caracteres de la *communio*. Cada vez que los socios ponen en común bienes para conseguir el fin social, surge una copropiedad sobre estos bienes. Y así si el orden de aparición de estas figuras sería *consortium-communio-societas*, es sintomático que en el sistema de SABINO se estudia la *societas* como apéndice de una institución civil antigua: la *communio*. Sin embargo, en otras ocasiones la sociedad no implica un condominio; un ejemplo muy claro que ofrecen las fuentes es la sociedad de gramáticos, que se hacen socios para enseñar gramática repartiéndose las ganancias. En este caso no hay nada en copropiedad, sino solamente un interés común, una actividad conjunta. Por consiguiente, la distinción entre sociedad consensual y copropiedad aún no estaba aclarada al principio de la época clásica, diferenciándose apreciablemente en la postclásica”.

(19). Cfr. ARIAS RAMOS, J., “Los orígenes de la sociedad: *consortium* y *societas*”, *RDP*, 1942, págs. 143 y 144.

Si nos fijamos exclusivamente en el contrato de sociedad, dos son básicamente las opiniones que convendría contrastar, pues unos hacen derivar del *consortium* todas las variedades que llega a alcanzar la *societas*, mientras que otros les atribuyen un origen diverso y distinto, aun coincidiendo en que es el *consortium* el antecedente de la *societas omnium bonorum* (de la cual, derivaron las demás formas societarias) (20). En cualquier caso, en opinión de ARIAS RAMOS “si bien se mira, interesa poco la cuestión del origen económico o prejurídico de las relaciones que se moldean como contrato, de sociedad. Porque lo indudable es que, sea porque todas las ramas de las diferentes formas de sociedad hayan salido del mismo tronco, sea porque a él se han ido acercando, la *societas omnium bonorum* es la que imprime sus características a la regulación jurídica de todas las demás; de tal manera que si no puede afirmarse que sea matriz de las demás en el terreno económico social, lo es en el terreno propiamente jurídico” (21).

A partir de la *societas ercto non cito* tuvo lugar un progreso hacia la *societas omnium bonorum*. Ya he explicado que sobre el cómo tuvo lugar esa transformación no puede ofrecerse una solución única. De un lado se produjo en la *societas ercto non cito* una extensión objetiva, que afectaba a bienes que no tenían la consideración de herencia, y de otro una ampliación subjetiva en cuanto se posibilitó la inclusión de personas, de sujetos, que no estaban ligados entre sí por vínculos agnaticios. Es decir, de la relevancia de la voluntad de los *heredes* para disolver la *societas* en que se encontraban, se pasó al reconocimiento de que se podía crear un *consortium* artificial, una sociedad, no ya entre los *sui*, sino entre *alii qui volebant* (22). La evolución expuesta,

(20) Cfr. ARIAS RAMOS, J., “Los orígenes de la sociedad: *consortium* y *societas*”, RDP, 1942, págs. 142 ss. Cfr. ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, vol. II, Madrid, 1990, pág. 661.

(21) Cfr. *loc. cit.*, pág. 143.

(22) Vid. ARIAS RAMOS, J., “Los orígenes de la sociedad: *consortium* y *societas*”, *cit.*, págs. 149 y 150, sobre cómo se produjo esa evolución que me limito a apuntar, explicada mejor a partir del descubrimiento del papiro de El Cairo.

puede sintetizarse con ARIAS RAMOS: “de la *societas ercto non cito*, que era *legitima e inseparabilis*, se pasó al *consortium* artificial, que era voluntario, pero formal y naciente de una *legis actio*. Del *consortium* voluntario, formalista y solemne, se pasó a la *societas omnium bonorum*, no solemne y consensual” (23).

III. Concepto y caracteres

202

En Derecho romano, la sociedad o *societas*, se incluyó dentro de la categoría clásica de los “contratos consensuales” (24), es decir, ese tipo de contratos en que como señalaba GAYO, las partes se obligan recíprocamente a realizar una prestación una de la otra según lo bueno y equitativo (“*in is contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo prestare oportet*” (25)). Los contratos consensuales se contraponían a las otras dos categorías de “contratos verbales y literales”, y “contratos reales”: “*ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse*” (26). En los contratos consensuales, no se hace precisa la concurrencia de unas formas especiales, ni la entrega (*datio rei*) de lo que constituya su objeto, sino que nacen del *consensus* o *conventio* de quienes lo quieren, y puede celebrarse *inter absentes* (por carta o mediante nuncio). Incluso puede decirse que ya la sociedad como contrato aparece particularmente unido a las manifestaciones de la autonomía privada, en cuanto los contratos consensuales en general supusieron

(23) *Ibidem*, pág. 150.

(24) Además del contrato de sociedad, en el Derecho clásico sólo se reconocieron como contratos consensuales el de compraventa (*emptio venditio*), arrendamiento (*locatio conductio*) y mandato (*mandatum*).

(25) GAYO, 3, 137.

(26) GAYO, 3, 136.

en la misma época clásica dar relevancia a la autonomía de voluntad de las partes para perfilar sus relaciones obligatorias (27).

Los romanistas (28) suelen coincidir en los rasgos con que definen la *societas*. Es un contrato consensual ("*nudo consensu contrahitur*" (29)), bilateral, perfecto, de buena fe, por el que dos o más personas, *socii*, se obligan a poner en común bienes o trabajo para repartirse las ganancias y las pérdidas. Las tres primeras características hacen referencia a que todas las partes contratantes resultan obligadas recíprocamente a realizar las aportaciones convenidas, para alcanzar un fin común, el cual por otra parte, además de tener carácter patrimonial, debe ser lícito y establecido en interés común de los socios (30). Cabe añadir que existe un particular vínculo entre los socios, una relación basada en la confianza, una *fraternitas* (31). Los socios deben hacer aportaciones recíprocas, que pueden ser distintas en cantidad y en calidad para cada uno de ellos, y las cuales a su vez pueden tener objeto diverso.

203

(27) Cfr. TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1991, pág. 432.

Es muy interesante, en particular por las fuentes que ofrece, lo expuesto por HERNANDO LERA en *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, cfr. págs. 29 ss.

(28) Cfr. ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, vol. II, Madrid, 1990, pág. 660. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, 1990, pág. 411; D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1981, pág. 542. SCHULZ, F., *Derecho Romano clásico*, Barcelona, 1960, pág. 525. TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1991, pág. 434.

(29) GAYO, 3, 154.

El consentimiento, la *conventio* como originadora de vínculo contractual, no sólo aparece en el momento de intercambio de las prestaciones de las partes (como en la compraventa o el arrendamiento), sino que debe subsistir durante toda la vigencia del contrato en el caso de la sociedad y el mandato, como contratos de cooperación.

(30) Cfr. *Digesto* 17, 2, 57.

Así no hay propiamente sociedad entre una cuadrilla de bandidos, o en una *societas leonina* es decir aquella en que se excluyera a alguna de las partes contratantes de toda participación en las ganancias obtenidas.

(31) *Vid. Digesto* 17, 2, 63 pr.: "*cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*".

La similitud de la *societas* así definida con el concepto que del contrato de sociedad ofrece el artículo 1.665 de nuestro Código civil salta a la vista (similitud de estructura, no sólo del C.c. español, sino también de otros Códigos extranjeros que en aquélla se inspiraron (32)).

IV. Clases

La clasificación de las diversas especies de *societas* puede hacerse basándonos en criterios diversos (33).

Por el ámbito de intereses en que nazca, la *societas* puede ser pública o privada. La pública consiste en una agrupación, asociación corporativa, prevista por el ordenamiento en función de una actividad de interés público. La sociedad privada, sociedad contractual que se constituye cuando varias personas acuerdan la puesta en común de algo para obtener una ventaja común, es una comunidad de derechos nacida de un convenio de confianza de los socios (34). Aunque las primeras no presuponen un contrato, interesa destacar que es en cuanto a las corporaciones (*corpora*) a las que se reconoce personalidad jurídica (35) distinta de la de

(32) Vid. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, Vol. 1.º, Madrid, 1986, pág. 5.

(33) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., "Del contrato de sociedad", en Q. M. SCAEVOLA, *Código civil*, Tomo XXV, Vol. 1.º, Madrid, 1933, págs. 310 ss. Cfr. ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, vol. II, Madrid, 1990, págs. 660 ss. Cfr. TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1991, págs. 440 ss.

(34) Cfr. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1981, pág. 542.

(35) En ese caso se encontraban el *Populus Romanus*, es decir Roma, y por extensión las demás ciudades, *civitates*, algunos *collegia* o *sodalicia* como las asociaciones de recaudadores de impuestos (*societates publicanorum*), las asociaciones de pobres (*collegia tenuiorum*, que principalmente perseguían el asegurarse un entierro digno), etc.

En cuanto a esta cuestión de la falta de personalidad jurídica de la *societas*, manifestaba CASTÁN TOBEÑAS, J., "Del contrato de sociedad", en Q. M. SCAEVOLA, *Código civil*, Tomo XXV, Vol. 1.º, Madrid, 1933, cfr. pág. 313, que "... es hoy apreciada por los autores con bastante unanimidad. Las grandes sociedades creadas para la explotación de las rentas públicas, como las sociedades de publicanos (*societates*

sus miembros componentes, y no a la sociedad privada. Pues como señala D'ORS "para la mentalidad romana, sólo existe personalidad jurídica en aquellas entidades activas en relaciones jurídicas cuya permanencia no depende de la subsistencia de los actuales socios" (36). Solamente la *societas publicanorum*, porque interesaba tanto al poder público como a los particulares que se asociaban para el arrendamiento de la recaudación de impuestos, y la realización obras y suministros públicos, llegó a actuar frente al Estado como persona jurídica; "por esta vía indirecta, ya que en Roma nunca se conceptualizó aisladamente el problema, fue entrando por vía de la praxis las exigencias técnicas que luego se denominarían personas jurídicas" (37).

Continuando con las clases de *societas*, si se atiende al objeto de las aportaciones de los socios, se distinguen las *societates rerum*, aquéllas en que lo aportado son bienes determinados; *societates operarum*, aquéllas en que es la actividad de los socios lo que se aporta; *societates mixtae*, si se aportan tanto bienes como actividad; *societates omnium bonorum*; cuando los socios aportan la totalidad de sus respectivos patrimonios, incluso sus ganancias futuras; *societates*

publicanorum) y las dedicadas a la explotación de las minas de oro y plata y de las salinas (*societates aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum*), tuvieron sin duda la consideración de personas civiles, ya fuera en virtud de una ley particular o por efecto del uso constante. Pero las sociedades ordinarias no tenían existencia distinta de la de sus miembros; el contrato que las formaba sólo hacía nacer obligaciones entre los socios".

Cfr. GIRÓN TENA, J., "Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho", en *RDP*, 1954, págs. 380 ss., aunque se aborda el tema de la personalidad jurídica de la *societas* sólo de forma marginal.

(36) *Op. cit.*, pág. 543.

Si se retiene que, como se dijo, nuestro Derecho por muchas razones guarda una deuda de gratitud respecto del Derecho romano, no debe extrañar que cuando en tal Derecho no se reconoció personalidad jurídica a la sociedad tampoco lo hicieron después las Partidas; y ello pese a que en el Código se optara en definitiva por lo contrario, por reconocer bajo ciertas condiciones esa personalidad supraindividual. Más precisamente habría que añadir que no solamente las Partidas, sino que también el Proyecto de 1888 era contrario a tal reconocimiento, aunque el Código publicado en la *Gaceta de Madrid* introdujera entre otros artículos nuevos el actual 1.669 C.c.

(37) Cfr. TORRENT, *op. cit.*, pág. 441.

lucri, aquéllas en que solamente se aportan los bienes que los socios adquieran a título oneroso; *societates unius rei* (38), en que se aporta únicamente una sola cosa determinada. La mayoría de estas categorías societarias han desaparecido actualmente (39). En el mismo Derecho romano ni aparecen todas estas modalidades simultáneamente, ni tuvieron igual desarrollo; la *societas omnium bonorum* es de la que más se ocuparon –tuvo mayor tipicidad– el pretor y los jurisconsultos clásicos (40) y la que más difusión alcanzó, junto con la *societas unius rei*. Cuando las aportaciones de los socios consistan en atribuir la propiedad de las cosas, deben emplearse los medios formales de transmisión del dominio, *in iure cessio*, *traditio* y *mancipatio*, a menos que se trate de una *societas omnium bonorum* pues, por excepción, en tal caso la transferencia del dominio no precisa de *traditio* (41).

206

Otra posibilidad para clasificar la *societas* consiste en atender a la finalidad que con ella buscan obtener los socios; desde tal punto de vista se puede hablar de las *socie-*

(38) La que, a veces, en las fuentes se denomina también *societas unius negotiationis*.

La *societas unius rei*, que es una sociedad particular dedicada a actividades comerciales o industriales determinadas, tiene diversas modalidades pertenecientes al grupo de las “*societates questoriae*”, o sociedades comerciales, entre las que destacan por su importancia las “*societates argentariae*”, que ejercían actividad bancaria, y las “*venaliciariae*”, dedicadas al tráfico de esclavos.

ULPIANO, *vid. Digesto*, lib. XVII, tit. II, “*Pro socio*”, fr. 5.º y 7.º, señala que la sociedad se puede contraer “*sive universorum bonorum, sive universorum quae ex quaestu veniunt, sive negotiationis alicuius, sive vectigalis, sive etiam rei unius*”. Sobre lo que HEINECIO, *vid. “Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum”*, § 944, habría de clasificar las sociedades, distinguiendo tres tipos, en “*universales*”, “*generales*”, y “*singulares*”.

(39) En cuanto a nuestro Código civil, aunque en él aparezca formalmente la sociedad universal como se sabe ésta ya no tiene virtualidad, pues en la práctica la única que se da es la sociedad particular. Algo similar ha sucedido en Francia e Italia.

(40) *Cfr.* ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, vol. II, Madrid, 1990, pág. 661.

(41) Así lo señala PAULO, *Digesto* 17, 2, 1, 1, “*omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur*”.

tates questoriae (42), cuando se persigue la obtención de un lucro o ganancia económica, o de *societates non questoriae*, en el caso contrario; *societates alicuius negotiationis*, cuando la sociedad se contrae únicamente para un negocio o negocios, u operaciones, determinados.

V. Régimen jurídico y extinción

El contenido de derechos y obligaciones que la *societas* supone para sus miembros, hace referencia a la obligación básica de realizar la aportación convenida, que como se ha visto puede tener diversos objetos, que quedaban sometidos al régimen jurídico de la copropiedad, siendo preciso en ocasiones que se llevase a cabo el correspondiente acto transmisivo del dominio (43). En cuanto a los vicios ocultos que pudieran padecer las cosas aportadas, son responsabilidad del socio aportante igual que el riesgo de evicción; mientras que por el contrario, se hace responsable a la sociedad del perecimiento, a partir bien desde el mismo momento de la conclusión del contrato si se trata de cosas determinadas, o bien en cuanto a las genéricas desde que fueran efectivamente aportadas (44).

La aportación de los *socii* les da derecho a participar en las ganancias que, como las pérdidas, deben repartirse. Cómo se haga el reparto, en qué proporción para las pérdidas y

207

(42) Especies destacadas de las pertenecientes a esta categoría son las *societates publicanorum* o de recaudadores de impuestos, y la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*, que tiene por objeto todas las ganancias que por su actividad puedan obtener los socios.

(43) Explica SCHULZ al ocuparse de la falta de personalidad de la *societas* romana, que "... la aportación de los socios a la *societas*, exigía la celebración de actos jurídicos con cada uno de los *socii*. Incluso en el supuesto de una *societas omnium bonorum*, el patrimonio de los socios no se hacía patrimonio común automáticamente por la sola virtud de la celebración del contrato consensual. Los textos opuestos a este principio son espurios". *Cfr. Derecho Romano clásico*, Barcelona, 1960, pág. 527.

(44) *Cfr. TORRENT, op. cit.*, pág. 442.

ganancias, queda en primer lugar a voluntad de los socios, pero siempre con exclusión de la “sociedad leonina”. Cuando nada se haya pactado sobre la distribución de aquéllas, según IGLESIAS (45) (que remite al *Digesto*, 17, 2, 29 pr.) unas y otras “... se dividen por partes iguales –y no en proporción a las aportaciones–; y si se han determinado únicamente las ganancias, por ejemplo, y no las pérdidas, se aplicarán a éstas la misma medida que a aquéllas (46)”. En cambio D’ORS comenta (en relación a GAYO 3, 150) que “salvo pacto en contra, las pérdidas y ganancias deben ser proporcionales a la aportación de cada socio; si no consta una diferente aportación, se presupone igual la de todos los socios (*Digesto* 17, 2, 29 pr.)” (47). En el mismo sentido se manifiestan otros autores, como TORRENT (48).

Donde mayores problemas se plantearon, fue en relación a la parte del socio industrial, donde las dificultades resultaban abonadas a la hora de valorar su aportación de trabajo; se discutía en particular si el socio industrial, participando en los beneficios, estaba, sin embargo, excluido de las pérdidas tal como entendió SERVIO Sulpicio (opinión que GAYO compartía).

La gestión del patrimonio de la sociedad puede ser realizada por cualquiera de los socios, con la obligación de que reintegre al fondo común lo que adquiriera con su actuación (49), los efectos de su gestión deben comunicarse luego a los demás socios (lo que debe relacionarse con la falta de una personalidad supraindividual); también tiene el socio ac-

(45) Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, 1990, pág. 412. A lo dicho añade que “cuestión controvertida fue la de si un socio podía obtener más ganancias y menos pérdidas que los demás. QUINTO MUCIO consideró que esto era contrario a la naturaleza de la sociedad; SERVIO Sulpicio se pronunció en sentido contrario, y su opinión llegó a prevalecer”.

(46) GAYO, 3, 150.

(47) *Op. cit.*, pág. 545, nota al pie.

(48) *Op. cit.*, pág. 442

(49) Cfr. *Digesto* 17, 2, 74.

tuante el derecho de ser resarcido (50) por los gastos necesarios o útiles que haya realizado a su propia costa en la cosa común.

Como modelo de conducta de los socios, cada uno de ellos debe actuar en cuanto a las cosas comunes y en cuanto al fin común con la misma diligencia con que actuaría en propios asuntos –*diligentia quam suis rebus adhibere solet*–. La responsabilidad del socio, que va cambiando conforme a las distintas épocas, alcanza en Derecho clásico solamente al dolo (51) mientras que en el Derecho justiniano se le hace también responsable de la *culpa in concreto*.

El socio dispone de la *actio pro socio*, que es una acción de buena fe (*ex fide bona*), con la que respecto a la gestión de la sociedad se pretende la liquidación de las deudas pendientes entre dos socios (52); aunque el ejercicio de tal *actio* en Derecho clásico conlleva el efecto de la extinción de la sociedad, no puede tener directamente por objeto su liquidación. Si se trata de una *societas omnium bonorum* el *socius* condenado a resultas de aquella acción (condena que conlleva la nota de infamia (53)), puede utilizar el *beneficium competentiae* (54) de tal modo que su responsabilidad era limitada, podía ser condenado solamente *in quantum facere potest*. Por tanto, la liquidación de una sociedad, acon-

209

(50) Cfr. *Digesto* 17, 2, 38; *eod.* 67, 2.

(51) Aunque advierte IGLESIAS, *cfr. Op. cit.* pág. 412, que a pesar de que en la época clásica no se exige una *exactissima diligentia*, la negligencia crasa se equipara al dolo.

(52) Con el acuerdo por el que se ponen en común los bienes, *coire societatem*, no solamente se da lugar a la *actio pro socio* sino que también, cuando fuera precisa la división de la comunidad así producida, podrían utilizar los socios la correspondiente *actio communi dividundo*.

(53) Para algunas acciones, como sucede con la *pro socio*, el pretor establecía que las personas condenadas a consecuencia de su ejercicio quedaban sometidas a ciertas limitaciones como la de no poder nombrar un representante (*cognitor* o *procurator*) en el proceso civil y se limitaba el que pudieran representar procesalmente a otras personas (*postulare pro aliis*).

(54) El *beneficium competentiae* consistía en que, en los casos de responsabilidad limitada, al deudor se le permitía conservar una parte de su patrimonio para atender su subsistencia.

tecería en principio por el ejercicio de dos tipos distintos de acciones: la *actio pro socio* –aunque en este caso la liquidación sería una mera consecuencia, tal como ya he dicho–; si no hubiese en la sociedad *res communis* bastaría con ejercitar la *actio pro socio*, y con ella se conseguiría no solamente la extinción de la sociedad sino además la liquidación de los créditos personales que pudieran existir entre los socios. Pero existiendo cosas comunes de ellos, debía ejercitarse forzosamente la *actio communi dividundo*, ya en exclusiva, ya después de la *actio pro socio* (55).

En las relaciones con terceros, no socios, es importante retener que como se ha dicho la *societas* –a diferencia de la asociación– carecía de personalidad jurídica, no es una persona distinta de los socios, el contrato de sociedad originaba solamente una relación interna entre quienes lo otorgaban (podría decirse incluso que, la unión de los socios, era simplemente la unión de intereses individuales (56)); de tal modo que en general resulta impropio hablar, como hacemos en la actualidad, de “relaciones externas”, pues en la *societas* sólo cada uno de sus miembros componentes resultaba vinculado por su actuación ante los terceros, quienes no podían dirigirse contra los demás socios, a menos que el socio contratante hubiese vertido los ingresos en la caja común (“*nisi in communem arcam pecuniae versatae sunt*” (57)) y sin excluir la posibilidad de que por una relación distinta de la societaria –por una representación– también pudieran quedar obligados los consocios (58).

(55) Cfr. HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, págs. 257 ss.

(56) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en el Derecho Español*, Madrid, 1954, pág. 69.

(57) Tal como se refiere en una interpolación en el *Digesto* 17, 2, 82.

(58) Muy en síntesis, podría decirse que es semejante el régimen al que, en la actualidad de nuestro Derecho, pienso que deben quedar sometidos los supuestos de contratación del socio de una civil irregular (*ex art. 1.669 C.c.*) con terceros.

Por último, en cuanto a la extinción de la *societas*, podía producirse por varias causas (59) (que denotan su temporalidad, característica en el Derecho romano) (60), lo que a su vez se relaciona precisamente con ese presupuesto base de la subsistencia de la *societas*, que es la mutua confianza entre los socios. Así pues la sociedad desaparecerá por voluntad de los socios, por el fallecimiento o *capitis deminutio* (61) de alguno de ellos, por *bonorum venditio* (ejecución sobre los bienes) o *bonorum publicatio* (confiscación), por cumplimiento del fin social o insuficiencia de los medios para su consecución, por el transcurso del término de duración fijado, y cuando *mutata sit causa societatis* por un contrato verbal o bien como consecuencia de una tramitación judicial.

(59) Cfr. ULPIANO, *Digesto*, 17, 2, 65, 5, al referirse a la terminación de la sociedad, señala como causas genéricas: "*ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione*".

(60) *Digesto* 17, 2, 70: "*nulla societatis in aeternum coitio est*".

(61) La *capitis deminutio* significa genéricamente un empeoramiento del *status*. Se clasificó por QUINTUS MUCIUS en *maxima* (por la pérdida de la libertad), *media* (por la pérdida de la ciudadanía), y *minima* (por el mero cambio de familia, lo cual no es propiamente una pérdida o menoscabo en el *status*, sino un simple cambio). Ello al margen, si se trata de una *societas publicanorum*, la capitidisminución de uno de sus miembros no provoca la extinción de la sociedad, del mismo modo que tampoco la provoca la separación voluntaria de un socio.

EL TESTAMENTO COMO *VOLUNTATIS SENTENTIA*, SU COMPOSICIÓN DIPLOMÁTICA MODERNA (*)

Dr. JOSÉ BONO

Notario

215

SUMARIO: I. SENTIDO EXISTENCIAL DE LA *ULTIMA VOLUNTAS* EN SUS ORÍGENES ROMANOS. II. LA EVOLUCIÓN DEL TESTAMENTO COMO *LEX SUCESORIA*. III. EL TESTAMENTO CASTELLANO EN LA ÉPOCA DEL RENACIMIENTO LEGAL MEDIEVAL. IV. EL TESTAMENTO CASTELLANO EN LA ÉPOCA MODERNA. V. LA COMPOSICIÓN DIPLOMÁTICA DEL TESTAMENTO CASTELLANO MEDIEVAL TARDÍO. VI. LA COMPOSICIÓN MODERNA DEL TESTAMENTO CASTELLANO.

(*) Estudio aparecido, con carácter introductorio, en el libro de Soledad Gómez Navarro, *La muerte en la provincia de Córdoba. Inventario de escrituras notariales de Córdoba, Montilla y Fuente Ovejuna*, Sevilla, 1996, publicado por el Ilustre Colegio Notarial de Sevilla.

I. Sentido existencial de la *ultima voluntas* en sus orígenes romanos

1. El humano sentimiento de la finitud de la vida, *Sein zum Tode*, el pensamiento clave de la filosofía existencial de Martín Heidegger, ya fue intuido líricamente por Horacio (*Odas* 2.14.1-4):

...fugaces...
labuntur anni nec pietas moram
rugis et instanti senectae
adferet indomitaque morti
[fugaces pasan los años,
y la piedad no trae demora
ni a las arrugas y a la vejez presente,
ni a la indomable muerte]

advirtiéndonos del ineluctable *aeternum exilium* (*Od.* 2.3.25-28)
y que (*Od.* 2.14.21-24)

216

linquenda tellus et domus et placens
uxor, neque harum quas colis arborum
te praeter invisas cupresos
ulla brevem dominum sequetur
[dejar debes tierra y casa y la grata esposa
y ningún árbol de los que cuidas,
salvo el aborrecido ciprés, te acompañará,
efímero dueño].

La incertidumbre de la vida está en el incierto mañana (*Od.* 4.7.17-18):

Quis scit an adiciant hodiernae crastina summae
tempora di superi?

[¿Quién sabe si añadirán un mañana
al tiempo hasta hoy pasado, los altos dioses?]

Pero a esta inexorable verdad se contrapone la *Lebensweisheit* del *carpe diem* horaciana (*Od.* 1.11.7-8):

...*dum loquimur, fugerit invida*
aetas: carpe diem...
[mientras hablamos el ingrato tiempo ha huido:
goza del día...],

es decir, hay que contentarse con la cotidiana situación, de la que hay que tomar lo bueno y dejar lo enojoso (*Od.* 3.8.27-28):

*dona praesentis cape laetus horae ac
linque severa*

[alegre toma los dones de esta hora,
y los asuntos graves deja];

la fórmula de Horacio es la moderación, la huida de toda exageración (recordemos la alemana frase: *soll entbehre!*), dando de lado, así, a muchas exigencias existenciales (*Od.* 3.16.42-44):

*...multa petentibus
desunt multa; bene est cui deus obtulit
parca quod satis est manu.*

[quienes mucho piden, carecen de mucho;
feliz el que de parca mano divina
lo suficiente obtiene].

La razón está en que la brevedad de la vida impide toda obra de largo aliento (pese al espíritu fáustico del hombre: *nil mortalibus ardui est*, *Od.* 1.3.37), a toda *longa spes* (*Od.* 1.4.15):

vitae summa brevis spem nos vetat inchoare longam
[la suma brevedad de la vida, nos veda larga esperanza fundar].

En suma, el saber de la vida se resume así en Horacio (*Od.* 2.16.25-28):

*Laetus in praesens animus quod ultra est
oderit curare et amara lento
tamperet risu; nihil est ab omni
parte beatum*

[contento el ánimo con lo presente
cuidar deteste de lo futuro
y las amargas temple con dúctil sonrisa;
nada hay que, en todo, sea venturoso].

2. Consecuentemente, el genio realista de los romanos hubo de admitir la idea que *decedere e vita*, el dejar vida, la muerte del *paterfamilias* supondría la disolución de la fa-

milia y del patrimonio familiar, y la creación de nuevas familias por los descendientes, quienes así obtenían un poder doméstico pleno sobre la mujer y descendientes respectivos y la propiedad de su cuota en el patrimonio familiar (respondiendo incluso del pasivo de este patrimonio); eran *heredes necesarii* o forzosos (Gayo 2,152 ss.), y estaban sujetos a las obligaciones del culto familiar a los antepasados (*sacra*).

Pero en la vida nada desaparece sin más. Ya en la época clásica surge la concepción de la *hereditas*, el patrimonio del finado, que toma el lugar de éste (D 41.1.34: *hereditas defuncti locum sustinet*); constituía la herencia el conjunto de derechos (y obligaciones) del causante (D 50.17.62: *hereditas est successio in universum ius, quod defunctus habuit*). Hay, pues, una sucesión universal, una transcendencia del causante en sus herederos.

218 Los herederos del causante (*sui heredes*) son llamados a la herencia según un orden legal establecido, muy complejo (buenos resúmenes en KASER *Röm. Privatrecht*, 1976, 269-73) y D'ORS *Derecho privado romano*, 1968, 240-66); es la sucesión intestada (*ab intestato*).

Para excluir la sucesión intestada, el causante, por una disposición siempre modificable, *ultima voluntas* (así llamada por antonomasia, porque siempre es última, ya que en todo tiempo puede ser revocada por su autor), el *testamentum*, podía nombrar herederos (*heredis institutio*), así como establecer diversos preceptos familiares y patrimoniales (sobre tutela, manumisiones, legados, etc). Las definiciones de los juristas son defectivas, pues omiten expresar lo esencial del testamento, la institución de heredero. Así, ULPIANO, *De regulis* 20.1: *Testamentum est mentis nostrae contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*; MODESTINO, D 28.1.1: *T. est voluntatis nostra iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. Pero insisten, como vemos, en la idea de ser el testamento la manifestación de la intención (*contestatio mentis*), la determinación de la voluntad

(*sententia voluntatis*) testamentaria; es decir, en el aspecto de afirmación del testador de establecer su ordenación testamentaria: *legem testamento dicere* (cfr. D 28.1.14; 30,1.114.14).

En suma, la *ultima voluntas* es la afirmación existencial del testador, de perpetuar su personalidad en la ordenación sucesoria en los aspectos patrimonial y familiar, y ello en el cauce de lo justo (*iusta sententia!*), de lo legalmente legítimo.

II. La evolución del testamento como *lex sucesoria*

1. El testamento, como conjunto de disposiciones de última voluntad unilateralmente (por el causante) establecidas, que esencialmente contiene la institución de heredero (I 2.20.34: *Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt*), completado eventualmente por el codicilo, con preceptos adicionales al testamento (instaurado desde la época de Augusto), constituía la *lex sucesoria*, que desplazaba la ordenación civil de la sucesión *ab intestato* (y a la pretoria de la *bonorum possessio*).

219

En el Derecho romano antiguo hubo tres formas de *testamenta*: el *t. calatis comitiis*, ante el pueblo, en un procedimiento análogo a la *adrogatio* o adopción de un *sui iuris* (cfr. GAYO 1.99-107); el *in procinctu*, ante el ejército (GAYO 2.101) y el testamento libral o mancipatorio, *t. per aes et libram*, mediante el cual el causante enajenaba (usando el simbolismo arcaico *nummo uno*) su *familia pecuniaque* al *familiae emptor* (un fiduciario comparable al *salmann* de los Derechos germánicos), ante cinco testigos y el portador de la balanza (*libripens*), siguiendo una declaración (*nuncupatio*) con las disposiciones que después de su muerte constituían su última voluntad (GAYO 2.102-108).

2. Las dos primeras formas del testamento, *in calatis comitiis* e *in procinctu*, desaparecieron ya en la época clásica. El Derecho imperial postclásico sólo reconoció dos únicas

formas: el testamento escrito con cinco testigos y que concedía al instituido la *hereditas* del causante, estimada como propia del *ius civile*, y el testamento pretorio, por escrito, ante siete testigos (procedentes del testamento libral: sus cinco testigos, el *libripens* y el *familiae emptor*), mediante el cual sólo se confería al instituido la *bonorum possessio* (cfr. interpr. a CTh 4.4.3; CTh 4.4.1). Posteriormente, Teodosio II, 439, redujo la forma ordinaria al testamento ante siete testigos, lo que mantuvo Justiniano (NTh 16 > C 6.23.21), constituyendo el llamado (I 2.10.3) testamento *tripertitum* por ser mezcla de prescripciones del *ius civile*, del Derecho imperial y del edicto del pretor.

220

En Occidente, Valentiniano III, 446 (NVal. 21.2) introdujo el testamento escrito y suscrito de mano del testador (*per holographam scripturam*), que no requería testigo alguno, y también el testamento recíproco entre cónyuges (NVal. 21.1). El testamento oral (*per nuncupationem, sine scriptura*) se utilizó en Occidente y Oriente; Teodosio II, 439, exigió para él los siete testigos (NTh 16.6 > C 6.23.21.4).

Por la misma constitución de Teodosio II se permitió el testamento nuncupativo *in scriptis* cerrado, con siete testigos, y uno más como *scriptor* si el testador no hubiera escrito por sí el testamento; éste debía ser cerrado por el testador (previamente) y signado y sellado por todos (NTh 16 > C 6.23.21.pr-1). Justino, 521 (C 6.22.8) exigió, además de los siete testigos, un *tabularius* (escribiente oficial administrativo) si lo hubiere en la localidad, que escribía el testamento; si no lo hubiera, lo haría el octavo testigo.

Con unos inicios aún no bien esclarecidos, aparece en el siglo V el testamento público, llamado después *apud acta conditum*, con manifestación y protocolización en acta ante el tribunal o autoridades locales, así como el testamento aprobado por el emperador, llamado después *t. principi oblati*, que tuvo escasa aplicación (C 6.23.19.pr-1).

Hubo también otras formas especiales (sobre ellas, cfr. KASER *Röm. Privatrecht*, 276-77).

3. En el reino visigótico, según las fuentes teodosianas-alaricianas y visigodas, existieron las siguientes formas testamentarias, todas ellas admitidas en el Derecho romano-vulgar de Occidente: el testamento civil ante cinco testigos; el testamento pretorio ante siete testigos (interp. a CTh 4.4.3) aunque ya había desaparecido la diferencia entre ambas clases; el testamento ológrafo (Lvis. Recc. 2.5.14 = Liud. 2.5.15); el *t. parentum inter liberos* (interp. a CTh 2.24.1); el llamado *t. ruri conditum*, oral ante cinco testigos (cuyo origen data de C 6.23.31.4, de 534), y que en el plazo de seis meses tras la muerte del testador ha de protocolizarse *coram iudice* y con juramento (Lvis. Recc. 2.5.10 > Liud. 2.5.11 con importantes adiciones ervigianas); el testamento oral *in itinere aut in expeditione* (militar) del que ignora o no puede escribirlo, acreditado mediante juramento de los presentes ante el juez u obispo y aprobado por el rey (Lvis. Recc. 2.5.11 > Liud. 2.5.12); y finalmente el testamento escrito (ológrafo o no) protocolizado *coram sacerdote*, es decir, ante el obispo, en el plazo de seis meses, con deposición testifical (Lvis. Recc. 2.5.13 > Liud. 2.5.7).

Isidoro de Sevilla en sus *Etymologiae* 5.24.1-17 trata de la materia testamentaria, considerando el *testamentum stricto sensu* como el principal de los *instrumenta legalia* o documentos, declarando inicialmente la voluntariedad esencial de todo documento: *Voluntas generale nomen omnium legalium instrumentorum; quae quia non vi, sed voluntate procedit, ideo tale nomen accepit* (Etym. 5.24.1). Sólo reseña el *t. iuris civilis*, con cinco testigos (5.24.5), el *t. iuris pretorii* (5.24.6) y el *holographum* (5.24.7), y también el recíproco entre esposos sin hijos (5.24.13) y asimismo el *codicillum* (5.24.14). Define la *nuncupatio*, tomándolo de GAYO, como un *palam nominare et confirmare* lo contenido en las *tabulae* testamentarias (5.24.12 < Gayo 2.104; cfr. ULPIANO *De reg.* 20.9).

Las *Formulae visigothicae* 21-25 versan sobre los testamentos, y especialmente (*form.* 21 y 25) de la protocolización o *adcorporatio apud gestis publicis* (más detalles en PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigot.*, 1975, 139 ss.).

III. El testamento castellano en la época del renacimiento legal medieval

222 1. La evolución altomedieval del testamento está marcada (en todos los reinos hispánicos cristianos) por el paulatino desdibujamiento de los rasgos del testamento romano-vulgar. El nombre *testamentum* ya no es peculiar de la *ultima voluntas*, pues se aplica a cualquier documento. La institución de heredero no es esencial al testamento; en cambio, el nombramiento de ejecutores o albaceas (*mansesores*, *cabeçaleros*, *testamentarios*) es el tema, esencial e indefectible, del testamento (*manda*). Las atribuciones del executor testamentario, como fiduciario del testador, asemejan su figura a la del *salmann* de los Derechos germánicos. Es el encargado del cumplimiento de la voluntad o *lex testamenti* del causante, para lo cual se le transfiere por el testador la titularidad de los bienes que componen la herencia relicta. El testamento con frecuencia consiste únicamente en legados (*lexas*), unos retributorios, otros de carácter piadoso.

La sucesión intestada predomina sobre la testada. En todo caso el remanente patrimonial, una vez cumplidas las disposiciones del testamento, si no hay expresa mención de herederos, pasa a los legítimos. El testamento es siempre ante testigos, en número muy variable. El *scriptor*, no cualificado, juega también un papel testifical.

2. En la época del renacimiento legal del siglo XIII en Castilla, la época de Alfonso X, el testamento —como todo otro documento diplomático— cambia de contenido y de forma, de esencia y de función. Este cambio se debe a la implantación del notariado, que tiene lugar en el siglo XIII en todos los reinos cristianos hispánicos.

El Fuero Real, 1255, no reconoció las antiguas formas romano-vulgares testamentarias. Solamente, y de manera muy imperfecta, reseña cuatro formas de *mandas* o testamentos: el testamento por escrito, alógrafo, de mano de un *scriptor*

no cualificado; el formalizado por *escribano público* (= notario); el testamento (escrito por cualquier *scriptor*) sigilado (con *sello conocido* = fehaciente: *que sea de creer*); y el testamento (oral?) ante *buenas testimonias* (FR 3.5.1). Reconoce el apoderamiento para testar (FR 3.5.7) y, naturalmente, los *cabeçaleros* o ejecutores testamentarios (FR 3.5.8,12), a los que corresponde instar la publicación del testamento *coram iudice* (FR 3.5.14). La hermandad entre cónyuges de FR 3.6.9 es un contrato, no un testamento.

La gran obra alfonsina, las Partidas, dedica toda su sexta Partida a los testamentos y a las herencias en el molde erudito marcado por la naciente Ciencia del Derecho romano-canónico (*utrumque ius*). Comienza proclamando la etimología, de rango escolar, de I 2.10 pr: *Testatio et mens son dos palabras de latín, que quieren tanto dezir en romance, como testimonio de la voluntad del ome. E destas palabras fue tomado el nome del testamento* (P 6.1.1). Con servil sujeción a los modelos romanistas, reconoce las siguientes formas testamentarias: el testamento nuncupativo (de palabra o por escrito) ante siete testigos (P 6.1.1); el *in scriptis*, abierto, también con siete testigos, y si el testador no supiere o pudiese escribirlo, intervendría otro testigo más, como *scriptor* (*ibíd.*); el *in scriptis* cerrado, con igual número de testigos (P 6.1.2); el testamento militar *en hueste*, de palabra o por escrito, con sólo dos testigos (P 6.1.4); el privilegiado por el rey, con éste como único testigo, derivado del *t. oblati principi* (P 6.1.5); el del *aldeano* en paraje rústico, oral ante sólo cinco testigos, uno de los cuales ha de poder escribirlo, calco del *t. ruri conditum* (P 6.1.6); y el testamento (alógrafo o no) del padre entre sus hijos (y nietos) con sólo dos testigos, y con aprobación de los hijos en caso de disposición parcial a favor de extraño (P 6.1.7), que sólo puede ser revocado mediante nuevo testamento pero nuncupativo ante siete testigos (P 6.1.8). Hay que añadir el testamento del ciego, que ha de ser oral, ante siete testigos y un *escribano público* que lo extiende por escrito; y si no pudiera

ser habido un notario, se añadirá un octavo testigo que lo escriba por el testador (P 6.1.14).

El afán arcaicista de las Partidas se manifiesta al decir que el testamento puede ser escrito no sólo en papel o pergamino, sino también en *tabulae ceratae* ! (P 6.1.12).

En el formulario salateliano de P 3.18.56-110, el modelo en regesta de testamento (P 3.18.103) no procede de Salatiel, difiriendo de los modelos del *Ars notariae*, y se remite al título de los testamentos (P 6.1); hace referencia al testamento abierto con siete testigos, y al cerrado ante notario. El modelo de codicilo (P 3.18.104) es por extenso y señala los cinco testigos exigidos.

Los codicilos (*cobdicilos*) tienen en las Partidas una especial regulación (P 6.12). En ellos no se puede ni instituir herederos, ni condicionar o desheredar al instituido (P 6.12.2), requieren cinco testigos, y no quedan revocados por nuevo codicilo (P 6.12.3).

La apertura de testamento, con formalidades que recuerdan los precedentes romanos de los *gesta de aperiundis testamenti*, se regula en P 6.2.

Las Partidas no reconocen el testamento ológrafo (forma que queda subsumida en el usual testamento cerrado ante notario), ni tampoco el recíproco entre cónyuges sin hijos, aunque éste último no fuera raro en la práctica notarial castellana.

3. La ordenación testamentaria de las Partidas estaba más en el papel que en la realidad. En la práctica documental el número de los testigos variaba sin regla alguna, y de hecho la casi única forma testamentaria era el testamento abierto nuncupativo ante notario, normalmente con tres testigos solamente. Este estado de hecho fue recogido en la obra legislativa de Alfonso XI, el libro de leyes acordado en las cortes de Alcalá de Henares de 1348, el llamado Ordenamiento de Alcalá, que dio fuerza de ley —como fuente supletoria— a las Partidas (Ord. Alc. 28.1), estableciendo que los testigos del testamento abierto ante notario serían sim-

plemente tres (y cinco, o al menos tres, los del testamento no notarial), y que el testamento valdría aun careciendo de institución de herederos (Ord.Alc. 19, 1.ún.).

De otra parte, el Derecho canónico había establecido el *t. coram presbytero* (*suo* = párroco local) con dos o tres testigos (X 3.26.10, Alejandro III, ca. 1170), forma que en Cataluña tuvo plena aplicación desde su origen, y que en Castilla no fue puesta en práctica.

IV. El testamento castellano en la época moderna

1. A la innovadora pragmática de Alcalá de Henares de 1503, que creó el protocolo literal, regulando su formación y régimen, siguieron las fundamentales Leyes de Toro de 1505, que en materia testamentaria, y en general en todo el Derecho sucesorio, sentó la doctrina legal vigente hasta el Código civil de 1889.

225

Respecto a las formas testamentarias, las Leyes de Toro señalan que para el testamento abierto se precisan los tres testigos previstos en Ord. Alc. 19, 1, ún., aunque en el cerrado se requieren los siete testigos, aparte del notario o *scriptor*, y el codicilo, como el testamento abierto, tres (LToro 3); admiten el testamento por *comisario* (LToro 31-39), si bien el comisario no puede instituir herederos ni nombrar tutor, ni establecer mejoras ni desheredar ni sustituir heredero, salvo que el poder por el que el comisario es nombrado, exprese nominativamente los herederos y especificadamente tales disposiciones (LToro 31); si el apoderamiento es simple, el comisario sólo puede satisfacer los *cargos de conciencia* del causante (pago de deudas, especialmente), y distribuir *pro anima* la quinta parte del patrimonio relicto, de la que se detraía la parte distribuida en pago de deudas (*cargos*), heredando el remanente los herederos *ab intestato*, y si no los había el comisario disponía de todo el caudal en *causas pías*, *pro anima* (LToro 32). El comisario, salvo facultad expresa,

no puede revocar testamento anterior del causante (LToro 34) ni el que haga como tal comisario (LToro 35). El poder para testar el comisario ha de ser conferido ante notario y testigos, tal como el testamento abierto (LToro 39).

2. Esta normativa testamentaria de las Leyes de Toro y la citada Ley del Ordenamiento de Alcalá se integró en la doctrina testamentaria y del albaceazgo de la Nueva Recopilación (1567), cuyos preceptos (NR 5.9.1-16) pasaron a su vez a la Novísima Recopilación (Nov. R 10.18.1-6; 10.19.1-8). Aquella doctrina, pues, ha sido la vigente hasta el Código civil, como antes dijimos.

V. La composición diplomática del testamento castellano medieval tardío

226

1. En el Formulario castellano de la época de Enrique III (1390-1406), editado por G. SÁNCHEZ en el *Anuario de Historia del Derecho*, tomos 2, 3, 4 y 12 (esta última parte por V. GRANELL), la fórmula 58 (AHDE 12, 444-45) da el modelo de la *carta de testamento* abierto, cuya composición, en redacción subjetiva, es la usual en la práctica castellana de la Baja Edad Media, y en la que se advierten los *capitula* o partes compositivas del testamento señaladas en las obras clásicas del *Ars notariae*. He aquí su composición:

- a) *Invocatio verbalis*: In Dei nomine.
- b) *Notificatio*: Sepan quantos esta carta vieren,
- c) *Intitulatio*: como yo fulano, hijo de fulano, vecino de tal lugar, estando en mi seso e en mi entendimiento conplido tal qual me lo quiso Dios dar,
- d) *Prohemium*: e temiendome de la muerte natural, de la qual alguno nin algunos non pueden fuyr nin escapar, otorgo e conosco que fago e ordeno este mi testamento a servicio de Dios Padre e de la gloriosa Virgen Santa María su madre, con toda la corte del cielo.

e) *Dispositio*: Primeramente mando mi alma a mi Señor Ihesu Christo... e mando el mi cuerpo a la tierra... e sy murie-re desta dolencia mando que me entierren en tal lugar (cláu-sula de sepelio, llamada posteriormente *legado del cuerpo*);

Otrosy mando tal e çetera... (cláusulas de legados, que empiezan siempre con los piadosos, *mandas pías*, *mandas for-çosas*, y siguen los voluntarios, de diversas clases: legados de deuda, de créditos, modales, remuneratorios, etc.);

et para conplir e pagar todo lo que yo mando e se con-tiene en este mi testamento, fago mis testamentarios a fulano e a fulano, e fagolos duennos e sennores poderosos sobre todos mis bienes, ansy muebles como rayces, e dóles todo mi poder conplido para que los puedan entrar y tomar e vender... (cláusula de nombramiento de albaceas);

et pagado e conplido todo lo que yo mando..., de todo lo al que fincare e remanesciere de mis bienes, fago mis herederos a fulano e a fulano mis fijos legítimos, e si por aventura finire el uno dellos, mando que lo haya e herede el otro que fincare (cláusula de institución de herederos);

e por este mi testamento que yo agora fago, revoco todos los otros testamentos e mandas e codeçillos que yo he fechos e otorgados... (cláusula revocatoria), los quaeles mando que... non valan nin fagan fé en juycio nin fuera del... (cláusula casatoria),

salvo este que yo agora fago e ordeno, que es fecho e otorgado ante fulano escribano público (cláusula de otorga-miento);

e si valiere como testamento sy non, mando que vala e faga fe como codeçillo, e ... sy non, mando que vala como mi postrimera voluntad o en aquella manera que mejor ... puede y deve valer de derecho mis testamento (cláusula codicilar).

f) *Publicationes*: data, reseña de testigos y autorización no-tarial (*subscriptio notarii*); esta parte está omitida en el mo-deló.

El modelo de codicilo sigue a continuación (fórmula 59, AHDE ibíd.); su composición no ofrece interés.

2. En el Formulario editado por L. Cuesta, 1947, redactado en las postrimerías del reinado de Juan II (1406-1454) se contiene el modelo de testamento recíproco de cónyuges sin descendencia (fórm. 50, ed. cit. p. 70-73), cuya institución recíproca se califica de *hermandad*, y el documento mismo de *hermandad, ordenación e establecimiento de heredero*. Su composición, aunque farragosa, es sencilla:

a) *Notificatio*.

b) *Intitulatio*: de ambos cónyuges, con licencia del marido a la mujer.

c) *Narratio*: breve exposición sobre el hecho de carecer de descendientes.

d) *Dispositio*: institución recíproca de heredero por los cónyuges a favor del sobreviviente; prohibición de testar cada cónyuge en lo sucesivo, asegurada con cláusula penal y con obligación general de bienes; intercalación de múltiples renunciaciones.

e) *Publicationes*: omitidas en el modelo.

El formulario contiene el modelo de testamento abierto (fórm. 91, pp. 162-63) con la composición usual de invocación, preámbulo (con protestación de fe católica), legados (*mandas piadosas especialmente*), nombramiento de *testamentarios*, institución de herederos, cláusula de revocación y la codicilar, con juramento final de no revocar el testamento que otorga. Las *publicationes* se omiten en el modelo.

3. En *Las Notas del Relator*, el formulario notarial de Fernán Díaz de Toledo, referendario de Juan II, difundido en una recensión burgalesa del tiempo de los Reyes Católicos, y varias veces impresa (1483, 1489, 1500, 1524 y 1531), contiene, en la edición de Burgos, 1531, que utilizamos, los modelos de *presentación de testamento ante alcalde* (t. 47, ed. 1531, f. 39r), escrito de presentación ante el juez ordinario del testamento cerrado; el modelo del acta notarial sobre la plica del testamento (t. 48, *ibíd.*), denominada *sobre-escripto de testamento*; la cláusula de autorización del acta

judicial, *fin de la presentación* (t. 49, *ibíd.*); y la transcripción subsiguiente *apud acta* del testamento, dividida en *comienço de testamento*, que comprende la notificación, el *prohemium* y la cláusula de sepelio (t. 50, f.39r-v) y el *fin de testamento*, que contiene las cláusulas de nombramiento de albaceas, de institución de herederos, revocatoria, y codicilar, y finalmente la aprobación judicial del testamento, declarándolo *abierto y leydo y publicado* y ordenando al notario autorizante del acta judicial su expedición *en pública forma* (t. 51, f.39v).

La composición del testamento así publicado es análoga a la antes transcrita del testamento abierto [supra 1], lo que nos excusa de su transcripción. Esta analogía sugiere que con frecuencia el texto del testamento cerrado era redactado y escrito por el mismo notario autorizante de la plica testamentaria. ¿Cómo si no explicar los tecnicismos de aquél?

El modo de cerrar el documento era doblar el pliego por la mitad, formando un cuadernillo en 8.º, y pasar un fino cordel desde los cuatro puntos de esquina hasta el centro del cuadernillo, donde se fijaba el cordel con sello céreo; el cordel atravesaba por el centro el cuadernillo, con lo que éste quedaba *cosido*. En el acta de presentación antes mencionada se dice que el testamento aducido *estava cosido y cerrado y sellado y... signado* (por el notario). En la plana del cuadernillo donde se ponía el sello, se extendía el acta notarial o *sobreescrito*, que firmaban el testador, los testigos y el notario. Esta práctica se conservó en toda la Edad Moderna. La utilización del sobre que encierra el testamento data del siglo XIX.

VI. La composición moderna del testamento castellano

230

1. La composición diplomática, en concepción subjetiva, del testamento en Castilla perdura en los siglos XVI a XIX inclusive; es ya en la época contemporánea cuando la concepción o redacción objetiva desplaza definitivamente a la redacción subjetiva, en primera persona. En la escrituración de los demás negocios jurídicos (familiares, contractuales, etc.) fue muy utilizada la redacción objetiva, impersonal, pero en los testamentos (y codicilos) no fue así. La redacción objetiva dio lugar a una nueva, moderna, *compositio* diplomática (que hizo arrinconar la división en *capitula* propugnada por la literatura medieval del *Ars notariae*), dividiendo el documento notarial en las siguientes partes: comparecencia, comprensiva de la concurrencia de notario e intervinientes, con expresión de la data tópica y crónica, y el título de la intervención de las partes; exposición o narración de los antecedentes o presupuestos negociales; disposición o estipulaciones negociales; otorgamiento o asentimiento del *actor* documental, acompañada de la roboración testifical; y autorización o sanción notarial del documento en su integridad (cfr. J. BONO, *Breve Introd. a la Diplomática notarial española. Parte Primera*, 1990, 60-62).

2. Así pues, la composición predominante en la Edad Moderna del testamento en Castilla (¡y también fuera de ella!) es la subjetiva. En DIEGO DE RIBERA, *Escrituras y orden de partición* (1.^a ed. 1563) en su modelo de testamento abierto ante notario (1.^a parte, ed. 1617, que utilizamos, f. 7v-9v) la composición es:

a) *Invocación*: En el nombre de N. Señor Iesu Christo y de la S.^a Virgen María su Madre. (RIBERA anota: *Es tan necesaria esta invocación divina que se tendría por sospechoso el testamento que no la tuviese; ¡una prueba de la impersonalidad de las declaraciones religiosas en los testamentos!*).

b) *Notificación*: Sepan los que esta carta vieren,

c) *Intitulación*: como yo fulano... (con aseveración de estar sano de mente, y con protesta de profesar la fe católica, con especial referencia al Misterio de la Trinidad, *protestación* que sustituye al antiguo *prohemium*);

d) *Disposición*: ordenación de legados (*mandas*), iniciados por el *legado del cuerpo* (sobre el lugar de enterramiento se especificaba en muchos casos); legados de sufragios (generalmente muy numerosos, técnicamente eran legados modales de dinero para celebrar determinado número de misas); *mandas pías* a favor de fundaciones religiosas o de beneficencia; legados ordinarios;

Cláusula de albaceazgo.

Cláusula de institución de herederos.

Cláusula revocatoria.

Cláusula codicilar.

e) *Publicación*: cláusula de autorización, con data y reseña de testigos (con suscripción de otorgante, testigos y notario).

231

3. En el *Compendio de contratos públicos* de PEDRO MELGAREJO (1.^a ed. 1652), que incorpora las nuevas normas sobre el papel sellado implantado en Castilla en 1636, hallamos los modelos de testamento abierto ante notario (ed. 1728, que utilizamos, pp. 83-86); el oral ante cinco testigos, que admite P 6.1.6 (*ibíd.* pp. 86-91) con adverbación ante el juez ordinario; el cerrado, con el modelo del acta notarial de la *cubierta* del testamento (*ibíd.* pp. 91-93). La redacción del testamento abierto es subjetiva, y la composición análoga a la del modelo de RIBERA [supra 2].

JOSÉ FEBRERO, en su *Librería de Escribanos*, Madrid, 1789 = 1790, tomo 1, pp. 256-90, da una serie de modelos de testamentos y de cláusulas testamentarias y de actuaciones judiciales conexas. Todos aquellos van en redacción subjetiva.

Finalmente, y como prueba de la perduración, en pleno siglo XIX, de esta concepción subjetiva de los testamentos (y codicilos) y de la pervivencia de la misma *compositio*

tradicional, damos el modelo que inserta J. I. MORENO, *Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos*, 2.^a ed., Madrid, 1856, p. 434, del testamento abierto ante notario:

- a) *Invocación*: En el nombre de Dios Todopoderoso.
- b) *Intitulación*: Yo ... (nominación, filiación, vecindad, con aseveración de la integridad de juicio, y con protesta de profesión de fe católica y en el Misterio de la Trinidad y en la Concepción Inmaculada de María);
- c) *Disposición*: remisión a las pertinentes disposiciones.
- d) *Autorización*: Así lo dijo y firmó el otorgante, a quien doy fe conozco, en ... a ... ante mí escribano del número ... siendo testigos ... (tres testigos).

4. Hoy día, la redacción subjetiva del testamento notarial ha desaparecido radicalmente, no obstante que, con validez, podría ser empleada como la forma más apropiada de formulación de la personalísima *lex testamenti*.

Notas bibliográficas

El día 3 de marzo de 1997 se presentó en el Colegio Notarial de Madrid la obra *Metodología de la determinación del Derecho, II (Parte Sistemática)*, de Don Juan B. Vallet de Goytisolo.

Se publican las palabras pronunciadas por Don Antonio Fernández-Golfín Aparicio, Don José Iturmendi Morales, Don Ángel Sánchez de la Torre, Don Antonio Rodríguez Adrados y Don Jesús Marina Martínez-Pardo, en el acto de presentación del libro (*).

235

(*) Cuatro de los discursos se publicaron en la *Gazeta de los Notarios*, n.º 89-90, marzo-abril 1997, pp. 2-6.

PALABRAS DE PRESENTACIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO

Presidente del Consejo General del Notariado

Buenas tardes, excelentísimos e ilustrísimos señores, queridos compañeros, señores y señoras: nos reunimos para presentar el segundo tomo de la obra *Metodología de la determinación del Derecho*, de la que es autor el Excmo. Sr. D. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, JUAN VALLET, para quien tenemos la dicha de convivir cotidianamente con él.

237

Publicado hace unos años el tomo primero, *Perspectiva Histórica*, y a la espera del tercero, relativo a la ciencia explicativa y expositiva del Derecho, este segundo tomo recoge lo que él mismo denomina *Parte Sistemática*, con especial atención hacia la interpretación y a la determinación negocial del Derecho.

Creo no exagerar si afirmo que nos encontramos ante una obra monumental, no tanto por sus características físicas, sino por el acopio de sabiduría que atesora. No en vano JUAN VALLET está vertiendo en esta obra gran parte de su sabiduría y de su experiencia, que no son pocas.

Como Presidente del Consejo General del Notariado, me enorgullezco de poder presentar la obra y me enorgullezco especialmente como notario, pues tengo la seguridad que la experiencia de tantos años de ejercicio de su profesión habrá servido para enriquecer la sabiduría de JUAN, permitiendo aunar ambos aspectos, teoría y práctica, logrando que a su interés científico se añada su extraordinario interés práctico.

La teoría se manifiesta así en la práctica, y la práctica se ilumina con la teoría. La sabia y medida combinación de ambas virtudes ha posibilitado que la ciencia jurídica española cuente con este lujo que se llama JUAN VALLET.

Por ello no es de extrañar que la presentación de su obra corra también a cargo de cuatro presentadores de lujo: el Excmo. Sr. D. José Iturmendi Morales, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Com-

plutense, el Excmo. Sr. D. Ángel Sánchez de la Torre, Catedrático de Filosofía del Derecho y Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación, el Excmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados, Notario y Académico también de la Real de Jurisprudencia y Legislación, y el Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo, Magistrado del Tribunal Supremo.

La categoría pues del autor, de la obra, de la edición fruto de la colaboración entre el Consejo General del Notariado y la editorial Centro de Estudios Ramón Areces, y la categoría de los presentadores, aconseja que deje ya la palabra a quienes con más merecimiento y conocimiento que yo podrán ilustrar este acto.

Tiene pues la palabra el Excmo. Sr. D. José Iturmendi Morales.

PANORAMA INTRODUCTIVO DE LA OBRA

JOSÉ ITURMENDI MORALES

*Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad Complutense*

Muchas gracias, Sr. Decano, para mí constituye una gran satisfacción encontrarme en esta sala de esta sede, a la que por muchas razones he tenido que venir en otros momentos, a veces mejores a veces peores.

Es para mí excepcionalmente importante haber sido llamado y convocado a este acto, fundamentalmente por los vínculos de amistad que me unen a JUAN VALLET, al que conocí hace ya muchos años, al que traté en casa de Don Federico en la calle la Escala, si se recuerda, y a quien admiré hace mucho tiempo con un texto anticipatorio, el cual podría sorprender si se relevara, que es *Sociedad de masas y Derecho*, texto que me dejó realmente impactado cuando yo concluía la licenciatura en Derecho, con mi maestro el profesor Ángel Sánchez de la Torre.

También quiero decir que es especialmente satisfactorio estar en tan buena compañía, con mi maestro y director de departamento, uno de los tres maestros que tengo y realmente el que más está en mi corazón, Antonio Rodríguez Adrados, y Jesús Marina Martínez-Pardo, al que traté durante mucho tiempo en el frente norte, que entonces sí era más frente norte todavía que ahora, San Sebastián, durante nueve años él impartió justicia y nosotros nos ocupábamos de la enseñanza del Derecho.

Pues sin más, ya digo, es un texto importante, un texto serio, que requiere ser leído. El otro día me dijo un amigo, comentándolo una vez que le pregunté si lo había leído y me dijo: "aún no lo he trasladado", y esto les puede parecer que es una caricatura del tema, no es obra de una página, de las 1.600 con las que nos regala la lectura el doctor en Derecho, el académico, y el amigo, notario, D. JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

Sin más, creo que no me corresponde, sino señalar esta referencia y recomendar a todos la lectura. Es un texto de lectura muy exigente. Me decía alguno de los próximos a esta mesa que se pueden buscar cosas concretas, yo creo que es preciso, tan exigente, que requiere la lectura del conjunto. Es muy difícil aprender la categoría de cualquiera de sus capítulos sin una referencia de conjunto, yo creo que es engañosa a veces la claridad dada a alguno de los capítulos si no se remite a la visión de conjunto, porque la obra de JUAN VALLET, ésta y casi todas, tienen la gran virtud de la armonía...

Sin más, con esto, espero haberos ofrecido un programa introductorio de la obra, que a nadie debe ahorrar su lectura; en las bibliotecas estará y

se recordará siempre la generosidad de quienes han hecho posible esta obra. JUAN VALLET, jubilado del notariado, en activo en la abogacía, en activo en el mundo de la creación y del pensamiento, muy generoso con su tiempo y con sus medios incluso materiales. Ha sabido dar lo que es de esperar. Estoy seguro que tendrá el reconocimiento que yo ya le anticipo desde aquí, desde el mundo de la Academia, porque es generalizar y es digno de una estima que a veces resulta ciertamente escasa.

Nada más, muchas gracias a todos por su atención.

LAS TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA, EN VALLET DE GOYTISOLO

ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE

Catedrático de Filosofía del Derecho
Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación

“En la amplísima obra del autor más fecundo en publicaciones metodológicas y filosóficas acerca del Derecho, digno continuador de los grandes juristas que fueron JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS y ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, encontramos una permanente paradoja: la gran claridad y precisión con que VALLET ha llegado a decantar y exponer su propio pensamiento, y la gran amplitud y generosidad con que examina —en cada período histórico, pero también en cada conjunto sistemático— la masa de aportaciones intelectuales que inciden sobre las materias estudiadas. Ello lo ha efectuado muy resumidamente, hace años, en su esencial *Metodología Jurídica*, por ejemplo. Pero en sus dos volúmenes de esta *Metodología de la determinación del Derecho*, rebasa toda previsión, tanto en el aspecto expositivo como en el aspecto crítico de la materia estudiada.

241

El tema de la interpretación, sin embargo, es el que ofrece con mayor dedicación el esfuerzo intelectual del autor.

Las páginas dedicadas a este asunto alcanzan más de 500, solamente en el segundo de dichos volúmenes.

El desarrollo del tema, del que hay precedentes en el volumen primero, contiene los siguientes apartados:

Acerca de la interpretación en general plantea ya los problemas que aparecen en la conexión entre texto y autor, entre subjetivación y objetivación del texto, en presencia de su intersubjetividad y de su dialogicidad.

Procede luego a indicar el sentido de su investigación propia en una concepción inicial de la interpretación jurídica a la luz de su historia, para proceder luego a un estudio detallado: juristas romanos, comentaristas medievales, escuelas nominalistas, escolásticos españoles, VICO, MONTESQUIEU (estos dos autores aparecen siempre denotando la gran sintonía que VALLET alcanza con algunas de las más importantes aportaciones de uno u otro); para terminar en las nuevas orientaciones en el siglo de la Codificación, dentro del cual se decantan ya los sistemas jurídicos propios de nuestra edad, y por tanto las diversas teorías acerca de la interpretación en el Derecho tradicional.

Llega en este momento VALLET a los grandes teóricos actuales de la interpretación jurídica: en la escuelas formalistas, en las sociológicas, en las de supremacía jurisprudencial, en las neoclásicas y neoyusnaturalistas.

Al final de estas referencias retorna VALLET a su propia posición, críticamente enriquecida, ofreciendo un esbozo general sobre esta noción, a la

que articula, a su vez, entre sus niveles y modalidades, y su función específica. Evidencia de un lado su propia centralidad en el hombre y en la naturaleza de las cosas. De otro sitúa a la interpretación de las normas como instrumental frente a la interpretación de los hechos jurídicos.

Al estudiar la función propia de la interpretación jurídica es cuando pone en la diagnosis jurídica de los hechos el punto central del problema de la interpretación del Derecho, o sea, el hallazgo de la cosa justa.

Pero esta posición era ya previsible desde que, todavía en los momentos preliminares de su investigación, dentro del volumen I, se plantea el tema de la determinación práctica del Derecho con o sin la mediación de normas.

El haber mencionado esta posibilidad, no al término de una exploración donde hubiera que buscar un remedio para la imposibilidad de obtener un sistema cerrado y completo de normas que englobara todas las posibilidades de decisión normativa en la praxis jurídica —como plantean los sistemas jurídicos positivistas propiamente dichos—, delata ya al jurista práctico, al que observa que en definitiva es la naturaleza de las cosas, las precisiones de la paz y del desarrollo sociales, y en último término el protagonismo racional y responsable de la conducta humana concreta, donde se halla el punto más denso en la realidad jurídica y, por tanto, el sector donde se haya de descubrir su más exacta verdad.

Hace años que tuve la osadía de calificar el modo de investigar de este autor como de una “filosofía del sentido común”. Pero esta afirmación ha de entenderse con algunas calificaciones.

Me refiero al sentido común como instrumento intelectual propio de un investigador que no busca su propio lucimiento rebuscando explicaciones fáusticas y genialoides, ni tratando de asombrar al oyente mediante tergiversaciones o negaciones de presupuestos necesarios o de evidencias claras. El sentido común debe incluir —como en el caso de VALLET— al “buen sentido”, la sumisión —como añoraba ORTEGA— y una capacidad de someterse a la inexorable disciplina de las cosas.

Pero, además, este buen sentido común se halla en el modo de operar desde una estricta pero generosísima mentalidad inquisitiva. Buscaría otro ejemplo en la descripción que el propio VALLET hace —en otra notable publicación, *Reflexiones sobre Cataluña*, aparecida a finales de la década anterior— sobre la conciencia jurídica catalana, a través de la pluma de DURÁN y BAS, donde aparecen, entre otras características: su armonización con la filosofía del sentido común, su gran sentido práctico, su fundamentación en la observación de los hechos, su autolimitación al cumplimiento de las funciones objetivas del orden jurídico, y la permanente atención y respeto a las coordenadas sociológicas, políticas y económicas del contexto cultural en que se desarrolla.

Si, trascendiendo las modestas pretensiones de esta presentación del libro de VALLET, quisiera traducir en una breve expresión el concepto acerca de su obra manifestada en el mismo, afirmaríala lo siguiente: VALLET ha pro-

fundizado en el alcance de las doctrinas interpretativas que tratan de justificar lo injustificable que anida –para un teórico del Derecho– en las formas más radicales del positivismo jurídico; y ha puesto la valía científica de tales doctrinas en el secundario lugar que les corresponde. VALLET no acepta que al dicho latino *Da mihi factum, tibi dabo ius* se le hubiera entendido así: *Da mihi iussum, tibi dabo ius*. El hecho jurídico no es la voluntad impuesta mediante una norma jurídica, sino la necesidad de obtener las condiciones de convivencia justa contenidas en las acciones intersubjetivas de los propios sujetos, entendidos como personas libres –no meramente súbditos–, adultas –no eternamente menores de edad–, y competentes –no descapitados proletarios–.

Consiguientemente, VALLET ha subordinado las doctrinas hermenéuticas –consistentes en el conocimiento del mensaje autoritario– a las doctrinas y a la terminología de la interpretación –basadas en la primacía de la justicia en la convivencia concreta–. En la mediación “norma-hecho” es hacia éste donde se dirige el objetivo del conocimiento, no hacia su precedente meramente instrumental.

Efectivamente, el propio nombre de “hermenéutica”, que entiende sustituir alguna de las acepciones que tiene el término “interpretación”, no cubre las más importantes connotaciones que para los juristas ofrece éste. Se centra en la noción de “mensaje” y de “soporte”, “medio de transporte”. *Herma* significaba los apeos que estabilizaban a los barcos sacados a seco. *Hermasis* “armazón”. *Herméneia* la explicación del pensamiento mediante palabras. El dios *Hermes* era el portador de las órdenes de *Zeus*. La hermenéutica bíblica trataría de interpretar la voluntad del Dios que transmitía sus mandatos. Las virtudes bíblicas no buscaban la libertad del fiel sino su exacto atenimiento a la voluntad de Dios, y comenzaban por imponer su temor: *initium sapientiae timor Domini*, frente al cual el fiel acataría cada dicho *perinde ac cadaver*.

Trasladado este método al orden político-social, resulta el positivismo jurídico totalitario, vitalmente rechazado por VALLET DE GOYTISOLO.

Observa éste, desde el principio de sus consideraciones, que la noción latina de “interpretación” se refiere a la traducción lingüística, a la acomodación del sentir y ordenar divinos al lenguaje de los hombres, a la búsqueda de las señales del destino o de la oportunidad de una acción en las entrañas del sacrificio o en las combinaciones de los astros. Pero la función jurídica aparece en las acepciones más originarias del término: la negociación para la paz entre rivales, la valoración de las prestaciones sobre las cuales se efectúa un negocio, la exactitud de las fórmulas jurídicas en que latén los respectivos compromisos de cada contratante.

De la misma manera en que las normas jurídicas griegas se plantearon típicamente sobre la noción de *nómos*, que alcanzó primacía por provenir de una cultura pastoril (*noméus* era el jefe de los pastores, *nómos* era el campo de pastos, así como las melodías pastoriles y los intervalos del sonido de una cítara atendiendo a la longitud de sus cuerdas), las normas jurí-

dicas romanas derivaron de la primacía de *lex*, indicativa de una cultura agrícola donde la recolección, la selección y por último el texto escrito configurado por signos descifrables –acepciones todas de *legere*– señalan el significado que en el lenguaje jurídico tenía este término.

Paralelamente, en la cultura griega en que era vital enviar mensajes entre las ciudades y colonias muy repartidas por todos lados, el término *herméneia* caracterizaba la actividad comunicante de la práctica jurídico-política, incluso mediante los veloces barcos a cuyo través se comunicaban con sus metrópolis los guerreros que estaban sitiando a Troya (*okýale naos*). Pero en la cultura latina, cuya población estaba concentrada en una gran *Urbs*, y que recibía sus instituciones arcaicas del entorno agrícola de latinos y de etruscos, la *interpretatio* se realizaba en el mismo lugar en que se planteaba la cuestión jurídica. Los criterios se apoyaban en el precedente y en la valoración (el cercano adjetivo *pris* significaba “antigüedad” pero también “valiosidad”). De la *interpretatio* emergían criterios como el radical *prior tempore potior iure*. La observación del *medium rei*, o sea, el juego de prestación y contraprestación, de daño y resarcimiento, etc., se decantaba mediante un *pretium*. De ahí que el procedimiento común: conservación de criterios tradicionales, fijación de criterios, determinación de valoraciones, venían a ser expresadas en un término abstracto, *interpretatio*, abarcador de prácticas mágicas, de prudencia valorativa, de criterios formales como el de “prioridad” y de otros elementos concurrentes hacia el efectivo resultado de concordar a los contratantes, a los dañados, a los ciudadanos en general. El “intérprete” pudo ser también epíteto del *arbiter*, del *auctor* o del *confector* tanto como del *nuntius*.

De la misma manera operaba el *interpretes* en relaciones entre dioses o entre dioses y hombres, rebasando la misión de mero mensajero. Así, Orfeo era simultáneamente sacerdote e intérprete. El águila era acompañante y mensajera de Júpiter. El *Flamen Dialis* era *interpretes et intercessor*, etc., y un adivino *fati interpretes* (según textos de Horacio, de Cicerón, de Séneca).

Mas en el terreno jurídico el protagonismo del intérprete es eminentemente pragmático (*Qui inter partes medius agit vel explicat*), está para complementar las iniciativas, propósitos y valoraciones de los contratantes (*adiutores interpretesque*), les ayuda a definir sus propios intereses (*interpretes mentis oratio, animi interpretes lingua*), les evidencia los compromisos recíprocos (*foederum interpretes*), les presta garantías sobre la autenticidad de lo tratado (*auctor et interpretes, veritatis sincerus interpretes, iuris testis vel interpretes*), y acredita el resultado final (*interpretes pacis et concordiae*).

No es la adaptación a una moda, sino búsqueda de una significación auténtica del sentido de la determinación del Derecho a través de sus métodos más exactos, lo que ha inducido a VALLET a realizar la extensa exploración que efectúa sobre los problemas de la interpretación del Derecho. Pero es sobre todo su buen sentido común, propio de un jurista integral, el que le ha permitido decantar sus preferencias hacia el sentido romano de la interpretación.

Ello no podía ser de otra manera. Pues los romanos conservan la patente de los términos más importantes de los conceptos jurídicos, y centrar la investigación jurídica sobre este concepto no es más que un modo justo de reconocer a cada uno lo suyo.

Efectivamente, la norma jurídica no requiere “interpretación”, sino inteligencia, ampliación, contextualización y sistematización institucional, bien buscando el encuadramiento estructural de las “expresiones normativas” en que se manifiesta, bien explicando su alcance a través de técnicas gramaticales como las de la *kernel sentence* postulada por Harris o por Chomski.

Sin embargo, la norma jurídica debe ser interpretada cuando aparece como “hecho jurídico”.

Si nos fijamos, que sea hecho jurídico, aquel tipo de “causa en una secuencia valorativo-conceptual” que determina un cambio en la situación o en la posición relativas de algún sujeto dentro de una relación jurídica determinada, tales “causas” pueden ser de múltiples características. En ese sentido, sería “hecho jurídico” “todo acto, norma, evento o daño”, que causare algún cambio en la posición recíproca de las libertades o de los intereses de sujetos jurídicos considerados en una relación jurídica determinada. En tal supuesto, la norma habría de ser interpretada en cuanto que su vigencia produciría tales o cuales efectos en el seno de una relación jurídica, comparada con la situación anterior a la vigencia de una norma nueva, o en comparación con las prescripciones de otra norma alternativa o concurrente con la anterior.

En esta opinión –sintetizada tan resumidamente que tal vez ni siquiera VALLET podría admitirla en tan breves explicaciones– resulta que el objetivo de la interpretación es el “hecho jurídico”, y que sólo tiene sentido realizarla sobre una norma cuando ésta aparece en términos de “hecho jurídico”. En todo caso, podría esta conclusión legitimar el acierto de las teorías de VALLET DE GOYTISOLO en su capacidad de suscitar desde su magisterio estas sugerencias de un comentarista.

La mediación entre el *ius* y la vida es la función que VALLET asigna a la interpretación. En esta mediación todo jurista opera como intérprete, director del movimiento conjunto en medio de los intereses en juego. El *ars*, noción que tiene la misma etimología que *arjé* y que *armonía*, significa la capacidad de imponer un orden social –en el caso del jurista– mediante el *ius*. Recuerda VALLET el pensamiento de MIERES acerca de que interpretar es considerar los elementos válidos para discernir y convencer acerca del auténtico sentido de las expresiones jurídicas mirando a sus previsibles consecuencias. VALLET advierte en este *sensus naturalis* la elementalidad de una *naturalis ratio* desde que se articula lo que HEIDEGGER denomina el círculo hermenéutico de la precomprensión, lo que EPICTETO había denominado *pro-háiresis*, precomprensión, o sea, orientación en cuanto asiento inicial de toda prudencia que el *ars* ha de desplegar.

En este círculo que asciende en espiral girando sobre sí mismo está inicialmente el hecho relevante. Aquí la interpretación valora desde los crite-

rios jurídicos, construye el tipo fáctico integrado sistemáticamente, selecciona la norma aplicable, justifica su concordancia con el sentido del hecho, y establece las consecuencias jurídicamente pertinentes.

Por ello, el realismo del "sentido jurídico común" induce a VALLET a plantear la función interpretativa en la *quaestio*. La interconexión *factum-ius* se halla presente desde el primer esbozo del círculo interpretativo. Los hechos se van observando, calificando y valorando autárquicamente desde su propio sentido mirando a los intereses de sus sujetos afectados, respecto a los cuales tal juicio valorativo tiene transcendencia.

Ello hace que el *ars interpretandi*, en cuanto *ars iuris*, construcción de la justicia conductora de conformidad y de paz, sitúe en su lugar metodológico, no sólo a las normas mismas que lo instrumentan en líneas generales, sino también a los diversos fenómenos que acompañan esta articulación del sentido jurídico del hecho: entreverando los factores que lo disimulaban tras las rigideces formalistas, las habituaciones escolares, los ritos rutinarios, convertidos muchas veces en sustitutos de la verdad o, al menos, en interferencias para una claridad donde el intérprete deberá operar en cuanto restaurador de certidumbre, *obscuri Dissertor*.

Esa función que resume el quehacer del jurista, llevar la claridad a los problemas y resolverlos desde la claridad, sería el honor primordial del buen intérprete del Derecho, como es también el mérito de las investigaciones de JUAN VALLET DE GOYTISOLO al estudiar la metodología de la interpretación del Derecho como fase esencial de su determinación."

LA DETERMINACIÓN NEGOCIAL DEL DERECHO

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación*

En octubre de 1994 presentábamos en esta misma sala el primer tomo de la segunda parte de esta monumental trilogía metodológico-jurídica a que está dando cima JUAN VALLET.

A continuación de la *Metodología de las Leyes*, VALLET ha concluido la *Metodología de la determinación del Derecho*, con aquel primer tomo, de "Perspectiva Histórica", y este segundo volumen de "Parte Sistemática", más sus respectivas introducciones.

247

Hemos de resaltar, ante todo, el continuo entrecruzamiento y la perfecta concordancia existente entre las dos partes, entre la historia y el sistema, que ponen de relieve las continuas e imprescindibles remisiones de éste a aquélla. El sistema se apoya en la historia: historia del pensamiento, de las doctrinas y de las escuelas jurídicas y filosóficas; e historia del derecho, de sus fuentes y de sus instituciones. Sin aquella perspectiva histórica, el sistema resultaría empobrecido, y en buena medida inexplicable e incomprensible. Lo mismo que sin esta parte sistemática habrían quedado aisladas, y quizá absorbidas por sus contextos, las acotaciones que VALLET iba haciendo a todo lo largo de la exposición histórica, y en que nos anticipaba su propio pensamiento. A la manera de lo que San Agustín decía respecto del Antiguo y el Nuevo Testamento, *salvatis salvandis*, podríamos afirmar que en aquella primera parte latía, estaba ya latente *-latet-* el sistema, y que en esta segunda parte, la sistemática, está patente *-patet-* la historia (1).

(1) "*Novum Testamentum in vetere latet; Vetus in Novo, patet*", SAN AGUSTÍN, "Quaestiones in Heptateucum", 2.73; en la *Patrología Latina*, tomo 34, columna 623.

Aquella perspectiva histórica “permite observar cómo, a través de sus diversos períodos, el núcleo de su estudio —del estudio metodológico— ha variado de ubicación temática, situándose en diversos planos”, planos “superpuestos”; “son los niveles: teológico, filosófico, científico..., político-legislativo y práctico” (p. 3).

Me tengo precisamente que situar en este último nivel, en el plano “práctico”, el “nivel más al ras de los hechos de la vida”, que puede ser “realizado genéricamente de modo consuetudinario o bien en la realización individualizada del derecho —ya se realice esta individualización de modo consensuado o resolviéndola conflictualmente—” (p. 3). La realización práctica del Derecho puede, pues, llevarse a cabo de modo genérico o consuetudinario, o bien de manera individualizada, y ésta puede tener lugar, a su vez, voluntariamente o mediante la resolución del conflicto presentado. Queda así perfectamente centrado el tema que se me ha confiado, “La determinación negocial del Derecho”, consistente en aquella realización práctica del Derecho que se verifica individualizadamente y por vía del negocio jurídico, del consentimiento.

248

De manera muy especial tendré que considerar el verdadero núcleo de esa determinación “negocial”, la *‘Determinación notarial del Derecho’*, porque la “complejidad” de la determinación negocial “requiere —como nos dice VALLET— una colaboración profesional competente para que ese proceso configurador, y su concreción por escrito, sean guiados por los imprescindibles conocimientos jurídicos, teóricos, prácticos y técnicos” (p. 1077), aquellos tres “saberes jurídicos”, además del saber común, de que VALLET nos había hablado en el Tomo I (p. 20). “De conformidad con esa necesidad —añade—, ha existido esa profesión —la de notario— en todos los tiempos y países, ejercida más o menos competentemente, con diversas orientaciones, centrándose preferentemente ya sea en la redacción gramatical de las *chartae* o documentos donde esos negocios son recogidos, bien en dotarles de autenticidad y fuerza probatoria, o, en fin, para su más adecuada formulación jurídica”. Pero “sólo el notariado de tipo románico o latino —concluye— ha llenado conjugadamente esas tres funciones” (p. 1077). El significado central que el notario tiene en la determinación negocial del Derecho está, ciertamente, fundamentado sobre todo en dos pilares, su propia excelencia profesional y la eficacia jurídica del instrumento público.

El plano práctico en que vamos a movernos no tiene nada de “inferior” en unos conocimientos eminentemente prácticos como son los jurídicos. Pero es que, además, en el pensamiento de VALLET, el plano práctico tiene una esencial importancia teórica.

La ciencia jurídica ha venido dominada por el positivismo normativista; podríamos decir el positivismo legalista, porque ha sido la ley, con el postulado de la plenitud de la ley escrita (I, p. 786) la que ha tenido de hecho el monopolio de las fuentes del Derecho. La realización del Derecho en el

caso concreto quedaba, pues, limitada a un problema de “aplicación” de la ley al hecho, que consciente o inconscientemente se reducía a una aplicación “judicial”, concebida como una “subsunción” de los hechos probados en los previstos abstractamente en las normas, como un “silogismo jurídico” verdadero “silogismo lógico”, en que la premisa mayor era la norma jurídica, la menor los antecedentes de hecho, y la conclusión la aplicación de la norma a los hechos, o la subsunción de los hechos en la norma.

Pero en el pensamiento de VALLET “el derecho, sin duda, es básicamente una *praxis* o práctica prudencial dirigida a la determinación de lo justo y a la realización de la justicia” (p. 6), y las normas son “siempre instrumentales” (I, p. 6) a esas finalidades; la determinación del Derecho, denominación de la obra que ya significa “una toma de partido” (I, p. 7), “sitúa en planos distintos: el derecho, en su sentido originario de lo justo en concreto, o la cosa justa; y la norma jurídica, en sentido amplio de instrumento básico para determinarlo” (I, p. 9); y estas determinaciones “de lo que es justo en concreto”, que es “el derecho propiamente dicho”, no tienen que ser necesariamente judiciales, sino que las “hacemos o encontramos hechas por otros en repertorios de consultas, dictámenes, resoluciones o sentencias” (I, p. 7); y también en las escrituras públicas, y en sus colecciones, los protocolos.

El *ámbito* en que se desenvuelve la determinación individualizadora del Derecho por vía negocial es muy amplio.

En los sistemas codificados, como el de nuestro Código civil, “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni el orden público” (art. 1.255), y esas “obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos” (art. 1.091).

Pero esta “*autonomía de la voluntad*” o “autonomía privada” de nuestro Derecho común, viene ampliamente sobrepasada en los regímenes de *libertad civil*, como ocurre en los más típicos regímenes españoles de Derecho especial o foral, conforme a los principios “*standum est chartae*” del Derecho aragonés o “*paramiento fuero vienze*” o “*paramiento ley vienze*” del Derecho navarro; porque en ellos, los límites de la determinación negocial del Derecho sólo vienen constituidos por el sentido natural, el *sensum naturale*, “por aquello que no es materialmente imposible ni contrario al sentido ético natural, *sesos naturales* –en el genuino Derecho aragonés–, *seny natural* –en Derecho catalán–, o *sensum naturale* que, por *sindéresis*, lo capta de la naturaleza de las cosas –llámesele “*Derecho natural*” (Comp. Aragón de 1967, art. 3), “*moral u orden público*” (Ley del Derecho civil del País Vasco, art. 4)–; o bien por lo que no vaya en perjuicio de tercero o sea contrario a las leyes imperativas o prohibitivas que no debe presumirse si de su texto no resulta expresamente” (p. 1157).

“Debe advertirse –nos dice, con razón– que hoy la radicalidad que ha separado las concepciones de estos territorios de derecho especial o foral y las de los sistemas codificados se ha reducido” (p. 1058). Y me parece que van a reducirse mucho más, mediante el constante uso por estas autonomías de sus competencias legislativas en las materias del Derecho civil.

Dentro de estos diversos límites, “bien sea como si fuese por mar abierto o por llanuras no acotadas, o bien hallando caminos o canales entre las fronteras, murallas o diques de las leyes imperativas o prohibitivas” (p. 1157) es donde se desenvuelve la determinación negocial del Derecho. Y al estudio de estos límites dedica por tanto VALLET un amplio capítulo (pp. 1057-1203), con especial consideración de los negocios referentes a la existencia, filiación y naturaleza de una persona humana; a los negocios jurídicos constitutivos de personas jurídicas, en general y en supuestos especiales; y sobre todo a los llamados negocios anómalos (simulados, fiduciarios e indirectos), con una investigación dirigida a detectar lo que en cada caso haya en ellos de negocio fraudulento, que es lo que tiene que ser rechazado; porque no cabe desconocer que los negocios anómalos no se dirigen siempre y sólo a infringir la norma, sino que en ocasiones ponen de manifiesto la insuficiencia del ordenamiento, la inadecuada formulación de sus normas, y por ello constituyen con frecuencia fuente de progreso jurídico.

Otro largo capítulo, casi cien páginas (pp. 1205-1300), están dedicadas a la trascendencia de la determinación negocial del Derecho a más alto nivel, en la configuración de nuevas instituciones y en la adecuación de las normas preexistentes a las necesidades vividas, con apertura de cauces jurídicos; así como en su limitación o delimitación, excluyentes incluso de la aplicación de una normativa legal inadecuada o desfasada, reguladora de algunas instituciones o de determinados aspectos de las mismas.

La exposición es impresionante; porque todos sabíamos que a través de la actuación de los juristas se van puliendo constantemente las normas legales, también las imperativas o prohibitivas, y que, aunque el legislador lo trate de impedir, pueden hundirse en el desuso; todos igualmente sabíamos que instituciones enteras, desconocidas por el legislador, han surgido en la práctica jurídica, muchas veces ideadas por los propios notarios, y otras acogidas a la autoridad del instrumento público; pero siempre se nos habían puesto los mismos ejemplos, unos pocos y escasos ejemplos. Ahora VALLET nos proporciona un elenco interminable, en el ámbito de la propiedad y de los derechos reales sobre cosa ajena; de las obligaciones y contratos, civiles y mercantiles; del Derecho de familia, y no sólo del aplicado a los bienes, sino en ocasiones del mismo Derecho de familia puro; y del Derecho sucesorio; en el Derecho histórico y en los tiempos actuales; y sin pararse en la mera enumeración, pues siempre añade un estudio, aunque sea breve, de las

circunstancias que se dieron, las necesidades que era preciso llenar y los medios técnicos ideados por la práctica.

El que lea estas páginas de VALLET no solamente “conocerá”, sino que tendrá la “evidencia”, *ex videre*, de la existencia de esta determinación negocial del Derecho, de su amplitud y de su trascendencia; porque la mayor parte del Derecho patrimonial se debe a esa determinación; está constituida por la recepción y configuración que, con carácter normalmente dispositivo, fue dando el Derecho legislado a las soluciones adelantadas por la voluntad negocial, y por los diques que el legislador le fue poniendo, y los cauces que le fue abriendo. Pero la sustancia, repito, está en esa voluntad de las partes dirigida por los juristas, desde los jurisconsultos romanos a los letrados y notarios de nuestros días.

Este origen notarial es puesto de relieve muchas veces por JUAN VALLET de manera vivida. Porque ya sabemos que VALLET ha leído, ha subrayado —con “lápiz rojo”, I, p. 6—, ha repensado muchos, muchos libros; pero no todo lo aprendió en los libros; VALLET nos lleva repetidamente por las localidades en que ejerció la profesión notarial, por Torroella de Montgrí, por Malgrat, por Arucas, por Logroño, y también nos trae aquí, a Madrid; nos cuenta las dificultades con que él tropezó, la ayuda que encontró en protocolos y en compañeros, el estudio y perfección de la fórmula ideada y su difusión. Porque según acabamos de ver, aunque estemos ante una individualización del Derecho, ante una búsqueda del justo concreto, “estas concreciones negociales si se repiten y generalizan pueden llegar a convertirse en usos e, incluso, acabar por establecerse como costumbres que resultan subsidiarias de los nuevos negocios del mismo tipo de los que las engendraron y, a la par, sirven para interpretarlos e incluso integrarlos. Con el tiempo —concluye—, esas costumbres se escriben, compilan y, a veces, se formulan como leyes” (p. 1206); no sólo “a veces”, sino con mucha frecuencia, según el mismo VALLET nos ha demostrado; y este origen es la mejor garantía de la plena recepción por la sociedad del precepto legal.

251

— II —

He de dedicar el resto de mi intervención, dado el lugar en que nos encontramos, y sobre todo, el carácter esencialmente notarial del autor, de JUAN VALLET, y de parte considerable de la obra que presentamos, a señalar algunas de sus implicaciones notariales.

Ante todo, según ya puse de manifiesto en la presentación del primer tomo, hay que resaltar la importancia que para el notariado tiene el hecho de que se trate de la determinación notarial del Derecho en una obra de conjunto, sistemática, de metodología jurídica. Porque la metodología del Derecho había tomado siempre en cuenta la actividad del juez, como central que es en la vida jurídica. Y se silenciaba, en general, la actuación del notario que, como hemos visto, ha sido y es trascendental en esa realidad jurídica; o bien su actividad se asimilaba a la del juez, de la que es radicalmente distinta, por lo que ha de ser objeto de consideración especial y separada. Las futuras metodologías del Derecho ya no podrán omitir su estudio.

Sin embargo, entre los escritores de Derecho Notarial ha habido algunos que se han dejado llevar por un pretendido paralelismo entre el notario y el juez, hasta el punto de formular toda una concepción jurisdiccional de la función notarial; también en tema de aplicación del Derecho; así, especialmente, LAVANDERA, que atribuye al notario una "*función de juicio*": "Juzga el acto, su valor y efectos. Con un juicio de valoración de los elementos económicos y jurídicos, y otro de correlación entre el hecho y la norma. Actúa la ley por un juicio lógico, cuya premisa mayor es el precepto, la menor el caso concreto que debe regir, y la consecuencia los efectos jurídicos que se deducen de su aplicación" (2).

252

No existe, en manera alguna, esta similitud. La primera diferencia esencial atañe a los hechos; los hechos son para el juez algo pretérito, dado (*da mihi factum*); pero cuando el notario comienza a actuar en el ámbito de las escrituras públicas, los hechos aún no se han producido; son hechos futuros, y si son hechos pasados aún tienen alguna mayor o menor flexibilidad y pueden ser perfeccionados, completados o rectificadas; incluso pueden no llegar a existir, en virtud de la actuación profesional del notario. También respecto a la cuestión de Derecho tiene el notario una mayor libertad que la del juez; puede, con frecuencia, orientando la autonomía de la voluntad de las partes, llenar las lagunas de la ley; hacer que se desprendan sus hojas secas; corregir interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales; sustituir el régimen dispositivo articulado por el legislador por otro que se considere más adecuado al caso; optar entre dos o más posibilidades; e incluso crear, en virtud de aquella autonomía, figuras contractuales nuevas.

La función profesional del notario no es, pues, semejante a la del juez, sino a la del abogado; puesto que, como bien expone VALLET, ambos actúan en el ámbito de la determinación negocial del Derecho. Aunque también existan diferencias entre una y otra.

(2) LAVANDERA, Víctor: "Funciones notariales", *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1919, p. 312.

Ello implica que el notario, como profesional de la práctica del Derecho, tiene unas funciones que son previas al inicio de su labor de dar forma jurídica al negocio; funciones previas que le exigirán una respuesta (*respondere*) o un consejo (*cavere*); o que son inherentes a su actividad configuradora del negocio jurídico de que se trate (p. 1104). Funciones que el notario desempeña en los casos normales, en que interviene en la formación del negocio jurídico, en que participa en su preparación y en toda su configuración (p. 1111); pero también ejercita, con distintas variantes, cuando el negocio jurídico le llega ya configurado e incluso otorgado privadamente antes de proceder a formalizarlo en escritura pública (p. 1117).

Para el buen desempeño de tales funciones el notario necesita:

a) una "*sapiencia viva*", esto es, "un conocimiento realista del hombre, en todas sus dimensiones, y de la naturaleza de las cosas, observado aquél y éstas —entre las que aquél se halla inmerso— con sentido ético"; para lo que "es imprescindible el sentido de lo justo" (p. 1128);

b) la "*ciencia* como teoría o contemplación teórica del Derecho —entendiendo por tal no sólo el sistemático conocimiento de las leyes, sino también su elaboración científica—" (p. 1130);

c) y el "*saber práctico* o dominio de la *praxis* del propio quehacer notarial, que en cierto modo conjuga todos los demás saberes sapienciales, científicos y técnicos; pero, para esto, de modo imprescindible, debe ser educado en quienes quieren ser notarios y cultivarse permanentemente por quien ya lo es" (p. 1131).

La "experiencia" que siempre se preconizaba para el notario no es, pues, sólo la experiencia "jurídica", sino la experiencia "de los hombres y de la vida", de "la naturaleza de las cosas", la "*sapiencia viva*", fundamental aportación en este punto de JUAN VALLET.

253

Desde esta óptica de la metodología de la determinación negocial del Derecho puede contemplarse la "*peculiar naturaleza*" del notario de tipo románico o latino, como "profesional del Derecho", "aspecto" que comprende "todas (sus funciones) con excepción de la *potestas* de dar fe pública, que —en él— se superpone y que es considerada delegada por el poder político supremo. Podría decirse que, en la actual situación, la función autenticadora del notariado de tipo latino guarda cierta semejanza con la función de *respondere* de los jurisconsultos romanos durante el Principado, que si bien la tenían fundamentada en su *auctoritas* personal, el Emperador Augusto, a aquellos que él seleccionó y lo aceptaron, les concedió el *ius respondendi ex auctoritate principis* que, propiamente hablando, no significaba sino su concesión como *potestas*" (p. 1093).

Y la doctrina de VALLET repercute, como no podía por menos de suceder, en el contenido, y en el mismo concepto, del *Derecho Notarial*.

En los dos primeros tercios de nuestro siglo dominaron, de manera casi absorbente, las doctrinas formalistas o instrumentalistas del Derecho Notarial; se trataba de obtener la autonomía del Derecho Notarial aislándole de los Derechos sustantivos que rigen los negocios escriturados: separando, por tanto, en la escritura el plano del *negotium* y el plano del *instrumentum*, y confinando el Derecho Notarial en el instrumento, como mera forma, o como forma de la forma.

En la década de los setenta se empieza a rectificar el rumbo. En 1977, en el Congreso de Guatemala de la Unión Internacional del Notariado Latino, JUAN VALLET, redactando una ponencia colectiva, ponía de manifiesto, y ahora nos lo recuerda, que “la institución notarial se basa en la persona del notario y en su labor...”, advirtiéndole que si a ella —a la persona del notario— se le antepusiera el instrumento público y su regulación, se correría el grave riesgo de desvirtuar lo que ha sido y es esa función notarial calificada de tipo latino... El instrumento público es un producto inseparable de esa función, obra de un profesional con formación jurídica y funciones determinadas. Y esa función profesional debe ser considerada necesariamente como central y básica, si se quiere que no sea desvirtuado su producto formal” (pp. 1092-93).

Ahora, en esta determinación notarial del Derecho, la función notarial se conecta necesariamente con los Derechos sustantivos, puesto que se trata de conseguir su concreta y justa determinación, Y de esta manera, se completa toda la doctrina del instrumento público, que tanta altura ha alcanzado, enlazándola con una tradición secular en que el Derecho Notarial, a muy distintos niveles, consistía sobre todo en facilitar el recto manejo por el notario de los Derechos sustantivos: las obras de *Ars Notariae* (“aunque la palabra ‘arte’ y sus derivados ... sólo metafóricamente son aplicables a la *praxis* del derecho”, I, p. 21), los formularios en sus diversas concepciones, las publicaciones de práctica notarial, aisladas o en colección, e incluso, en algunos aspectos, los libros de Derecho sustantivo especialmente dedicados a los notarios.

Me vais a permitir que termine, como ya hacía en la presentación del primer tomo de esta obra, señalando su gran *oportunidad*. La determinación del Derecho persigue, según nos dice VALLET, la realización de lo justo concreto; de la cosa justa. Y al contemplar el panorama que nos rodea, no podemos por menos de asombrarnos de que raramente se plantee la cuestión de si una medida, una solución, una norma a introducir, es o no justa; solamente se cuestiona su posible eficacia; los economistas priman sobre los juristas; y el Derecho, salvados los derechos humanos, parece reducirse a problemas de mera jerarquía normativa.

Entre nosotros mismos, la función notarial tiende a encastillarse en la sola seguridad jurídica, como si nuestro único engarce con la Constitución estuviera en el artículo 9; como si nos fueran ajenos los valores superiores del ordenamiento, la libertad, la igualdad y, sobre todo, la justicia. Se intenta incluso convertir en seguridad jurídica –seguridad jurídica “sustancial”!–, lo que no es otra cosa que la perfección del negocio, su plena adecuación a la ley y a las pretensiones de las partes, el equilibrio de sus soluciones, la previsión de sus cláusulas, la claridad de su redacción. Por eso creo muy trascendente que JUAN VALLET nos diga a los notarios que la determinación notarial del Derecho consiste en la determinación de lo que, en cada escritura, es justo; *quod iustum est*.

Y, en fin, una petición a JUAN VALLET; porque nadie pide nada a quien nada ha hecho; y a quien ha hecho demasiado, todos le pedimos más. Descontada la conclusión de su trilogía metodológica, con la terminación de la “*Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho*”, yo le pediría a VALLET que nos escribiera la “*Filosofía del Derecho*” que a mi parecer –retornando al comienzo de mi intervención– no solamente “late”, sino que está patente –*patet*–, en su Metodología.

LA DETERMINACIÓN CONFLICTUAL DEL DERECHO

JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO

Magistrado del Tribunal Supremo

Verdadera satisfacción me produce ocupar esta tribuna, participar en la presentación de la gran obra de jurista tan eminente como JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO; presentación que se ha convertido, naturalmente, en un homenaje al autor de obra que bien merece ser encuadrada entre las de “gran tonelaje” por su extensión, su densidad y su calidad intrínseca.

La satisfacción tiene varias causas:

Tras largos años de carrera, he mantenido estrecha relación con el notariado, con el notario del pueblo. Nunca la he abandonado y ahora en mi último destino judicial, la relación con el Colegio es permanente y sumamente agradable.

256

Satisfacción también porque los organizadores del acto hayan recabado mi colaboración por mi condición de juez y de amigo entrañable del autor.

Desde que llegaron a mis manos los tomos, dediqué especial atención a los capítulos relacionados con mi tarea profesional; y su lectura me ha proporcionado pasajes que reflejan perfectamente mis ideas, pero con palabras que acaso no fui capaz de encontrar; teorías en las que me gusta coincidir con el autor; y conocimientos que permiten seguir la propia formación personal, porque torpe será el juez que dé por terminado su período formativo. Así por ejemplo, he puesto en revisión la concepción de la sentencia como un puro y simple silogismo.

Me toca glosar el Título V del Libro segundo de la Metodología, presidido por la rúbrica “Determinación judicial del Derecho”.

En pasajes anteriores, ha tratado el autor la determinación negocial del Derecho, o sea, la concreción de la *res justa*, entre los que quieren y en la medida en que lo quieren. *Inter volentes*.

Nuestro Título V tiene por objeto la búsqueda de la *res justa*, de la solución justa, entre quienes por no concordar, por discrepar, buscan la decisión que se imponga *inter volentes*.

Cuando los discrepantes ni conciertan voluntades, ni transigen, acuden a tercero que por su prestigio o por su poder dilucide la cuestión.

Si el llamado interviene por su prestigio, a él son atraídos los postulantes por la *auctoritas*. Si está investido de poder público, intervendrá a instancia de aquéllos porque está dotado de *potestas*.

En épocas pretéritas, la *auctoritas* y la *potestas* se hallaban separadas. La primera adornaba a los juristas, la segunda dotaba a los pretores.

Potestas y auctoritas en el Estado moderno son cualidades acumuladas que se reconocen a los jueces y éstos deben procurar ser dignos de dicho reconocimiento.

VALLET, con su proverbial curiosidad intelectual, sigue en su estudio a autores consagrados, como ÁLVARO D'ORS, pero no prescinde de la savia nueva como la proporcionada por el profesor de Navarra, RAFAEL DOMINGO, y de la mano de ambos analiza cómo "los jueces", declaradores del Derecho, al declararlo cumplen una función de autoridad, porque socialmente se les reconoce un saber (o se presume, decimos nosotros), y el Estado les confiere el encargo de administrar justicia con facultades imperativas.

Cuando JUAN BERCHMANS analiza las distintas teorías de los autores, llega a enumerar hasta tres posturas doctrinales: los que basan la jurisdicción en la *auctoritas*; quienes creen que predomina la *potestas* y la tercera, iniciada por el italiano ALAMO, para quienes la *res iudicata* es el dato que diferencia jurisdicción y legislación, pero sobre todo jurisdicción y administración.

La curiosidad que siempre he tenido por el origen de las palabras, por su significación o contenido semántico y hasta por la fonética, me ha llevado a "parar mientes en el estudio que VALLET recoge sobre la palabra jurisdicción y el jugo que siguiendo a los citados D'ORS y DOMINGO saca a los vocablos latinos de *Jurisdicere* y *judicare*". El primero, decir declarar el Derecho; el segundo, señalarlo, mostrarlo; ambos de la raíz *dic*, *dike* (de la que provienen, *dikeia*, *dikasterios*, etc.).

Dicere en sentido amplio comprende el conjunto de declaraciones que da el magistrado con *imperium*. *Dicare* es una expresión privada con efectos personales, frente a los genéricos del *dicere*; y *iudicare* es la sentencia del juez privado que declara el derecho contra alguien, porque tiene *auctoritas*, esto es: "sabe" pero no "puede".

Así, hay jurisdicción, y *iudicacion* y de ahí que órganos judiciales puros sólo son los revestidos de *auctoritas* como el Tribunal de La Haya o los de arbitraje. Y órganos de la Administración de Justicia los que además de autoridad tienen *potestas*.

En el mundo jurídico, concluye VALLET, las sentencias corresponden más a la *auctoritas* que a la *potestas* y el Tribunal Supremo es el órgano más elevado de la función judicial. Por ello, es también el más alto en orden a la expresión o determinación del Derecho como convicción de juricidad, como juicio racional, en el cual el ámbito de la razón tiene un rango más excelso que el mero producto de la voluntad, aunque sea ésta soberana. Por eso, concluye, cuanto más convengan sus razonamientos jurídicos, los del Tribunal Supremo, mayor resultará su prestigio jurídico, su *auctoritas*. Se inclina así VALLET por la *auctoritas* más que por el poder decisorio de la *potestas*, al concebir el Tribunal, pues es la capacidad de convicción la que marcará el nivel de su prestigio.

Entiende VALLET que del sentido que demos a la palabra Derecho dependerá el contenido del tema que rubrica como "*Aplicación, elaboración,*

adjudicación, creación o determinación del Derecho como objeto de la función judicial".

Cada una de estas palabras asigna un significado distinto al Derecho: cuando se dice "*aplicación*" de Derecho, éste es la *ley*. Al hablar de "*elaboración*" se amplía la ley al conjunto de normas (leyes, costumbres), y aquí VALLET recuerda a CASTÁN, para quien la elaboración *puede ser creadora* (por vía legislativa, consuetudinaria o jurisprudencial), o *elaboración re-constructiva* por vía de la práctica (en autos, calificaciones decisorias).

Si para CASTÁN el Derecho sigue siendo, la "pauta elaborada para aplicarla al caso", para FEDERICO DE CASTRO la "realización del Derecho", dirigida a la mejor realización de la justicia, se consigue a través de la ley, conjunto de signos, que nada valen mientras no se entiendan e interpreten a la luz de los principios generales del Derecho.

Al decir "*adjudicación*" del Derecho utilizamos éste en sentido subjetivo.

Cuando hablamos de "*creación de Derecho*" estamos empleando la palabra Derecho en sentido indicativo, de que judicialmente se decide (creativamente) lo que es Derecho positivo aplicado al caso concreto, o bien "que el juez efectúa la creación singular para aplicarla al caso enjuiciado".

Cuando por último, se habla de "*Determinación del Derecho*", se está definiendo el Derecho como *quod iustum est*, como la *res justa*. Tanto si se efectúa esta determinación directamente, es decir, atendiendo sólo a los principios generales de justicia y a la naturaleza de las cosas, o bien indirectamente, con mediación de alguna norma jurídica, anteriormente configurada o determinada.

Este es el Derecho que los jurisprudentes clásicos lograron con su *interpretatio*, y el que coincide con la definición de SANTO TOMÁS.

Tras el análisis de teorías de CARBONIER Y GENY, vuelve a ÁLVARO D'ORS, para quien "Derecho es lo que aprueban los jueces" y pone como ejemplos sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1958, referente a sucesión intestada en regiones forales, y las de 1 de noviembre de 1959, 9 de diciembre de 1959, 6 de mayo de 1960 y otras que siguieron, conforme a las cuales *de facto* a lo que dice la ley se impone lo que declara el Tribunal Supremo. Fuerte conclusión que temple diciendo que en general el Tribunal Supremo sólo interpreta, aunque en ocasiones llega a imponer su *opinión*.

Para la ciencia jurídica alemana del siglo xx, la sentencia judicial no es tanto la aplicación de la ley como la concreción del Derecho.

Y esa aplicación, no es *tanto la subsunción* de hechos en la norma, porque las leyes no parece a primera vista que nos den la posibilidad de una auténtica individualización, sino una "concreción con tendencia individualizadora", puesto que han de tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso. Y las leyes son preceptos de carácter general, recordamos nosotros.

Para KARL LARENZ, considerar la sentencia como concreción reducida a la subsunción, rebaja la fundamentación aparente que "sería acertada si el Tribunal hubiera argumentado con claridad tipológicamente". Y añade, la

sentencia judicial es la última y más singular concreción de la “cosa derecho”. No es pues el resultado de una aplicación de la norma, sino que consiste en una determinación que se efectúa “concretándola”.

A continuación JUAN BERCHMANS VALLET estudia si la jurisprudencia es o no fuente de Derecho. Tiene presente las opiniones y trabajos de TOMÁS OGAYAR, para quien no es herejía hablar de una creación judicial del Derecho, tesis que sostuvo en su discurso de ingreso en la Academia. CASTÁN TOBEÑAS, PUIG BRUTAU, HERNÁNDEZ GIL, en cuyo detalle no podemos entrar, sin perder de vista a FEDERICO DE CASTRO, JOAQUÍN COSTA, DE DIEGO y GENY, LARENZ, el Código suizo y español, etc., etc.

Estudia el sistema inglés del precedente judicial. Dedicar un epígrafe a la doctrina legal formulada por el Tribunal Supremo con los viejos análisis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el recurso de casación, para llegar al texto del 1.6 del Código civil según el cual la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico. Tiene presentes los estudios de DUALDE.

Trata con gran delicadeza a la Sala Primera del Tribunal Supremo, de la que yo, como miembro de ella, me siento muy honrado, cuando pone de relieve que “al velar por la correcta aplicación de leyes y doctrina legal va configurando a la vez esa doctrina jurisprudencial, para que se efectúe de tal modo que resulte justa; y así surge la Jurisprudencia”.

Resalta cómo la Sala Primera recibe los aires de la ciencia del Derecho y los incorpora a sus decisiones, poniendo ejemplos relativos a comunidad hereditaria, reservas sucesorias, en ocasiones confundidas con las sustituciones fideicomisarias; sociedad de gananciales, etc., configurando los argumentos a la luz de las razones que hagan convincentes sus criterios.

Dedicar otro epígrafe a la labor configuradora realizada por la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en orden a la Revelación y Formulación de Principios Generales del Derecho.

Así, el de:

—Equidad. Sea justicia íntima del problema; moderación de los rigores de la ley; proporción de igualdad, etc.

—Buena fe, pero de ámbito general, exigible en todo el campo del Derecho. No sólo en los casos que el propio Código la invoca.

—Antijuridicidad del abuso del Derecho.

—Doctrina de los actos propios (en los que recuerda el minucioso estudio jurisprudencial del profesor DÍEZ-PICAZO).

—*Pacta sunt servanda*.

—*Favor testamenti*.

—*Favor voluntas testantis*.

—*Favor partitionis*. Fundamento de tantos artículos del Código.

—*Favor negotii*.

El epígrafe 257 tiene como contenido la labor configuradora de instituciones jurídicas.

Así:

- La reserva familiar extraída de las 57 palabras del 811.
- La aparcería, que tan mal comprendida estuvo en el Código civil (con referencia a los estudios de LUCAS FERNÁNDEZ y ALBALADEJO).
- El contrato de alimentos vitalicios.
- Negocios fiduciarios, en los que no olvida a FEDERICO DE CASTRO.
- Legado de parte alícuota.
- Herencia yacente.
- Contador partidor.

Labor configuradora de las pautas de valor.

- La equidad.
- La buena fe.
- Plazo prudencial.
- Diligencia buen padre de familia.
- Orden público, moral, etc.

Labor correctora de las leyes.

Sirvan de ejemplo el principio valorista y nominalista de las deudas, y la solución de la antinomia de los artículos 799 y 759.

El análisis funcional de la determinación de la norma, lo esquematiza así:

- Diagnósis de los hechos (con ellos toda la teoría de la prueba). De gran valor procesal.
- Selección de normas, pautas de valor y principios utilizables al caso (estudia el *iura novit curia*). Importante y peligroso si por su cauce se altera la causa de pedir.
- Intelección de las normas elegidas al fin (Constitución Española y fuentes del Derecho, Derecho Europeo).
- Conexión de los hechos-derecho. Y aquí sigue a sus paisanos CASALS y FIGA FAURA.

- Formulación de la *questio*.
 - Concreción de lo interpretado para llegar a la *res justa*.
- A todos los cuales dedica gran extensión.

En fin, podríamos seguir, es muy extenso el estudio pero creo que ya he cansado vuestra atención, consumido el grato encargo y demostrada mi admiración por el autor.