



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ENERO~MARZO 1999

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

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

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

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

Depósito legal: GU-72/92

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

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

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

Director

D. Ignacio Solís Villa

REVISTA
DE
LINGÜÍSTICA
Y
FILOLOGÍA
CLÁSICA
NOTA: EL
NÚMERO 100

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

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

Estudios

9

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: "Observaciones críticas sobre el régimen legal y estatutario de representación del socio en la junta general de las sociedades de capital".

55

LUCENA GONZÁLEZ, Pedro Antonio: "Apuntes sobre la autonomía de la voluntad en la SRL".

98

ROMERO HERRERO, Honorio: "La deontología notarial en relación con los clientes, en relación con los compañeros y en relación con el Estado".

Jurisprudencia

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCIÓN COMENTADA

219

SEUBA I TORREBLANCA, Joan C.: "Hipoteca mobiliaria de la cuota indivisa de una marca (Comentario a la RDGRN de 29 de noviembre de 1995)".

Actualidad notarial

268

— Conclusiones del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires (Argentina), 27 de septiembre a 2 de octubre de 1998.

275

— ANDRINO, Manuel: "El Doctor Pérez de Montalbán, notario apostólico y de la Inquisición".

281

— MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: "Comentario de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles".

**OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE
EL RÉGIMEN LEGAL Y ESTATUTARIO
DE REPRESENTACIÓN DEL SOCIO
EN LA JUNTA GENERAL
DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

9

MANUEL GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS

Notario

SUMARIO: **I.** LOS PROBLEMAS DE POLÍTICA JURÍDICA QUE SUSCITA LA REPRESENTACIÓN DEL SOCIO EN LA JUNTA GENERAL DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. **II.** RESTRICCIÓN ESTATUTARIA DE LA POSIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN EN LA JUNTA. **III.** EL PROBLEMA DE LAS GARANTÍAS FORMALES DEL PODER. **IV.** LA EXIGENCIA DE PODER ESPECIAL PARA CADA JUNTA. **a)** El problema del fundamento de esta exigencia. **b)** La imperatividad de la regla que exige el poder especial y las excepciones a la misma. **c)** El problema de la pretendida imperatividad del art. 108 como excepción a la exigencia de poder especial.

La cuestión que propongo –una revisión crítica del régimen legal y estatutario de la representación del socio en la junta general de las sociedades de capital– merece, a estas alturas, una cierta atención al menos por dos razones:

Primero, porque el estudio monográfico de esta cuestión de la representación del socio en las sociedades de capital se ha venido centrando hasta ahora, fundamentalmente, en el caso de la representación del accionista de la SA (1), sin que haya merecido apenas atención en sede de SRL. Así, la regulación de esta materia en la LSRL de 1953 –inspirada en la contenida en la LSA de 1951– había permanecido intacta tras el retoque de esta Ley en el año 1989, de manera que tras la importante reforma legal de ese año la consideración por parte de la doctrina de este tema para la SRL se venía limitando a plantear la cuestión de si debía procederse a una interpretación “correctora” del artículo 16 de la Ley del 53 de acuerdo con los criterios más “matizados” de la LSA de 1989 –por ejemplo, pensando que si la nueva LSA había dejado de prohibir la representación por personas jurídicas no tenía mucha razón de ser el mantenimiento de esta prohibición para la SRL.

Tras la nueva LSRL del año 1995, que, como sabemos, dedica los apartados 2 y 3 de su artículo 49 a esta cuestión, la situación es bastante diferente. Por una parte, la propia LSRL contiene una regulación novedosa del régimen de representación del socio en la junta general de esta sociedad, regulación ésta que difícilmente se entiende sin tener en cuenta las normas sobre la materia de la LSA de 1989 y, especialmente, la interpretación doctrinal y jurisprudencial de que ha sido objeto una norma como el artículo 108 LSA,

(1) Véase, por todos, RONCERO SÁNCHEZ, A., *La representación del accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1996. También RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La representación de accionistas en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1990; y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Estudio del artículo 108 Texto refundido Ley de sociedades anónimas (en torno a la denominada representación familiar)”, *Actuación Civil* 6/7, 1994.

interpretación que –adelanto ya mi posición al respecto–, me parece bastante desafortunada. Por otra parte, resulta que esta nueva regulación legal de la representación del socio en la SRL, condicionada, como digo, por una determinada interpretación de los artículos 106 a 108 LSA de 1989, a su vez viene a condicionar y –pienso– perturbar la correcta interpretación de tales preceptos de la LSA. Así, considero que es una tarea conveniente la de dedicar algún tiempo a repensar y, a ser posible, esclarecer algunas ideas sobre este tema de la representación de los socios en las juntas de las sociedades de capital, antes de que la confusión reinante en los últimos tiempos aún se acentúe por la incidencia de estos nuevos datos normativos.

En segundo lugar, porque este tema de la representación del socio en la junta puede servir de ejemplo muy ilustrativo de cómo, por una suerte de inercia mental, ciertas ideas propias del derecho patrimonial común o general pueden infiltrarse de forma más o menos inadvertida en el terreno del derecho estrictamente societario y pasar, incluso, a formar parte de ese “*paradigma institucional*”, básicamente imperativo, en el marco del cual enfocamos el derecho de sociedades de capital, según últimamente ha criticado el profesor PAZ-ARES (2). Así, vamos a ver cómo la interpretación de normas dictadas en atención a consideraciones de estricto derecho societario se ve interferida por una serie de criterios propios de la teoría general de la representación, los cuales –descontextualizados– llegan a aplicarse en este terreno societario con una rigidez desconocida en su ámbito natural de aplicación (así, la prevención generalizada contra los apoderamientos generales); o, incluso, podremos advertir cómo, utilizando el argumento del favor por la flexibilidad en el funcionamiento de la sociedad familiar, se atribuye un

(2) PAZ-ARES, C., “Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en VVAA *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997.

contenido normativo positivo, concebido como imperativo, a una norma –el art. 108 LSA–, cuyo significado se agota –como veremos– en la dispensa para determinados casos del rigor de la regla general que proscribe los poderes generales en este ámbito, llegándose a un sorprendente resultado de rigidez, precisamente contrario al objetivo de flexibilidad que se propugna.

Sin necesidad de tomar partido ante esta pugna de “paradigmas” –el institucional imperativista *versus* el contractual neoliberal–, pienso que el estudio del régimen legal y del posible régimen estatutario de la representación del socio en la junta general de las sociedades de capital, puede servir de buena piedra de toque para apreciar y valorar –aun dentro del paradigma institucional– si algunas de esas normas que tendemos a considerar como imperativas del estatuto legal de estos tipos sociales realmente responden a alguna justificación racional, ligada a la preservación de ese orden público jurídico económico del que forman parte ciertas reglas muy básicas del régimen legal de las sociedades de capital, o su pretendida vigencia no es más que el resultado de esa inercia conceptualista que pretende derivar, por simple necesidad lógica, consecuencias normativas –precisamente imperativas– de lo que no son más que construcciones intelectuales de los juristas.

12

I. Los problemas de política jurídica que suscita la representación del socio en la junta general de las sociedades de capital

Para comenzar este estudio del artículo 49.2 y 3 de la nueva LSRL en el contexto de los artículos 106 a 108 de la LSA, es preciso recordar, para distinguirlas con claridad, las diferentes cuestiones de política jurídica que suscita esta materia de la representación del accionista o del socio en la junta general de las sociedades de capital, porque es preci-

samente el olvido de este trasfondo valorativo lo que motiva los desajustes o disfuncionalidades que se manifiestan en la interpretación del sistema legal.

a) Al respecto, la primera cuestión que se plantea es la de ***la propia posibilidad o admisibilidad legal de esta representación del socio en la junta.***

En cuanto a ello, se puede decir que la aplicación del instituto de la representación en el ámbito del ejercicio de los derechos de asistencia y voto en la junta general de las sociedades de capital no es más que una consecuencia del carácter en principio no personalísimo del ejercicio de tales derechos, de su trascendencia patrimonial y de la vigencia de esa regla o principio general tácito que admite la actuación mediante representante en el ámbito jurídico patrimonial privado. Por ello, aun antes de que el legislador societario se preocupase de advertir expresamente acerca de la posibilidad de representación del accionista en la junta (sólo a partir de la Ley de 1951), ya se venía reconociendo esta posibilidad por la doctrina y la jurisprudencia.

13

b) Ahora bien, partiendo de esta admisión genérica de la representación del socio en la junta, ***hay que distinguir (3) dos hipótesis muy diferentes:***

1.^a Por un lado, el supuesto en que ***un accionista o socio “activo” no puede o no le conviene –por la razón que sea– asistir personalmente a una junta de la sociedad, y para el cual la posibilidad de representación aparece como un medio para continuar ejerciendo sus derechos políticos en la junta en cuestión a través de una persona de su confianza, pudiendo en consecuencia mantener, pese a su ausencia, el nivel de influencia en la marcha de los asuntos sociales que corresponde a su participación en el capital de la sociedad.***

(3) Así, RONCERO SÁNCHEZ, A., *La representación...*, pp. 19 a 37.

2.^a Por otro lado, el supuesto de las grandes sociedades anónimas cuyo capital está repartido entre un ingente número de accionistas, gran parte de los cuales, fundamentalmente los pequeños accionistas, no tienen ningún interés en participar en las reuniones del órgano social. Dadas las exigencias legales o estatutarias de un determinado quórum para la constitución y decisión en las juntas, se ha señalado que la posibilidad de representación de los accionistas ausentes de la junta viene a ser una necesidad para la propia viabilidad del funcionamiento del órgano social.

Así, nos encontramos en la práctica societaria con una manifestación de la representación del accionista consistente en **la solicitud y captación de la representación de una pluralidad de accionistas pasivos a favor de determinados sujetos interesados en el funcionamiento de la sociedad**, como pueden ser los propios administradores u otros accionistas activos.

14

Pues bien, el primer supuesto al que he aludido —lo que la doctrina suele llamar “*representación individual*” del accionista— puede plantear problemas, fundamentalmente, en torno a la cuestión de la licitud de las posibles cláusulas estatutarias que pretendan restringir o incluso eliminar esa posibilidad de representación. Ello es así porque la representación supone, por definición, que una persona distinta del accionista va a asistir en su nombre a la junta, pudiendo por tanto tener conocimiento de las interioridades de la vida de la sociedad, e incluso, mediante el ejercicio del derecho de voz, influir en la toma de decisiones por parte de los demás socios. En atención a ello, ha existido en la práctica societaria, sobre todo en sociedades de planteamiento “cerrado”, la pretensión de restringir la facultad de representación con la idea de preservar la intimidad de las reuniones del órgano social, es decir, poner límites a la posibilidad de que a través del mecanismo de la representación puedan asistir e intervenir en la junta personas extrañas a la sociedad. Propias de esta postura son las cláusulas

estatutarias que exigen la condición de socio en la persona del posible representante. Se produce así un choque entre las posibles pretensiones sociales de blindaje de la intimidad social frente al mecanismo de la representación del accionista, y las pretensiones del socio individual de poder contar con este mecanismo de la representación para no verse privado del ejercicio de sus derechos sociales en caso de no poder asistir personalmente a la junta. Surge entonces la cuestión de si esta facultad de representación en la junta, que —como digo— no es más que una aplicación particular en el ámbito del derecho societario del genérico instituto de la representación en la vida jurídica, es un derecho irrenunciable o inderogable del accionista de una SA o del socio de una SRL, o hasta qué punto se puede limitar o no en los estatutos sociales.

El segundo supuesto de representación en la junta —la *“representación plural o institucional”*—, que es peculiar de las grandes compañías anónimas, da lugar a problemas mucho más graves, porque es un fenómeno que puede afectar a la propia estructura corporativa de la sociedad, en el sentido de que esa captación de la representación de una pluralidad de accionistas por determinados sujetos, que, por una parte, puede ser un medio para lograr constituir la junta y aproximar de alguna manera a la masa anónima de accionistas pasivos al órgano social, al mismo tiempo se convierte en un instrumento que permite que estos sujetos que actúan como representantes puedan ejercitar en su propio interés los derechos de voto de que disponen, alcanzando así una influencia en la toma de decisiones sociales muy superior a la participación en el capital de la que son titulares. De manera que el absentismo de los pequeños accionistas, unido a la obtención de los mismos y de forma más o menos encubierta de poderes en blanco, ha permitido que, sobre todo los propios administradores sociales o las entidades financieras depositarias de los títulos que incorporan los derechos sociales, hayan gozado de una influencia en la

marcha de los asuntos sociales muy superior a la que correspondería a su propia participación en el capital social, con la quiebra que ello supone para ese principio hasta ahora básico en la organización de la SA, consistente en que el poder de decisión debe ser proporcional al riesgo patrimonial soportado, es decir, a la participación en el capital.

Aparecen así pronto en las diferentes legislaciones estatales medidas legales que tratan de restringir o disciplinar este fenómeno de la representación plural de accionistas. Pensando en este supuesto de representación, van a surgir las restricciones consistentes en excluir la posibilidad de representación de más de un determinado número de accionistas por un mismo representante, o por representantes que reúnan determinadas características subjetivas (por ejemplo, los administradores de la propia sociedad, las entidades financieras depositarias de los títulos, las personas jurídicas en general, etc.), la exigencia de proporcionar determinada información a los accionistas de los que se solicitan genéricamente poderes de representación o la exigencia de que el texto del poder contenga instrucciones para el ejercicio del voto, o la prohibición de poderes en blanco o la exigencia de poder especial para cada junta, etc.

Pues bien, estas posibles normas restrictivas que encontramos en el derecho comparado y que ha conocido y conoce nuestra legislación vigente, **no deben encuadrarse en el marco de las ideas generales que determinan el régimen general del instituto iusprivatista de la representación voluntaria** (cuya problemática se centra fundamentalmente en rodear de ciertas garantías o cautelas el fenómeno en sí anómalo de que una persona pueda actuar con eficacia en la esfera jurídica ajena) y a las que responden normas como las que se encuentran en los artículos 1.712 y 1.713 C.c., relativas a la interpretación y posible alcance de los poderes, **sino que están motivadas por razones de estricto derecho societario, en relación con la preservación de la constitución corporativa o política de la SA.** Se encuentran más próxi-

mas a la problemática del voto mediante apoderado en las elecciones de tipo político en relación con la garantía de la pureza del sistema democrático, que a las cuestiones de derecho patrimonial privado propias de la doctrina civilista de la representación. En un sistema político democrático el carácter personalísimo del voto es un valor a preservar, de la misma manera que en una estructura pretendidamente democrática aunque de base plutocrática como la SA también se trata de evitar la delegación en blanco para el ejercicio de los derechos sociales de tipo corporativo. Y ello **no tanto por la protección del interés patrimonial particular del accionista, como por razones estructurales de la propia organización corporativa de la SA.** Incluso, se ha señalado que este tipo de normas no contemplan tanto un supuesto de verdadero apoderamiento, como de “*cesión legitimadora del voto*” revestida de una apariencia de representación.

17

c) Por otra parte, existe un problema genérico y común a los dos diferentes supuestos de representación del accionista, pero que no deja de presentar matices especiales en el caso de la representación plural o institucional: **la forma del poder**, es decir, la determinación de cuáles son las garantías formales que cabe exigir en este ámbito para asegurar la autenticidad del poder.

En esta materia podemos distinguir hasta tres intereses:

— En primer lugar, el interés del accionista que no puede o no quiere asistir personalmente a la junta pero sí quiere hacerse representar en la misma por otra persona en la existencia de un sistema flexible de forma del apoderamiento que abarate los costes o agilice su otorgamiento.

— Por otra parte, el interés del socio, que no quiere o no puede asistir personalmente a la junta, en evitar que cualquier otra persona le suplante indebidamente en el ejercicio de sus derechos sociales mediante la alegación de un poder falso o mediante la alteración del contenido del poder que realmente concedió.

— Y por último, el interés de la propia sociedad en que la Ley o los estatutos limiten el reconocimiento de poderes en la junta únicamente a aquéllos que estén revestidos de unas mínimas garantías de autenticidad, para evitar que la concurrencia a la junta de representantes suponga siempre un peligro de impugnación y consiguiente inseguridad de los acuerdos adoptados en la misma, con la perturbación que ello puede suponer para el adecuado funcionamiento de la sociedad.

Ahora bien, como digo, la propia peculiaridad del supuesto de la representación institucional o plural del accionista se va a reflejar en esta materia de forma del poder en la prevención contra los poderes en blanco o en la exigencia de determinado contenido necesario al documento en que se formaliza el poder, para evitar una utilización indebida del instrumento representativo.

18

Pues bien, es característico —como ha señalado RONCERO SÁNCHEZ (4)— de la regulación en el TRLSA de este fenómeno de la representación del accionista en la junta **una cierta confusión del régimen de los supuestos de representación individual y de los supuestos de representación plural o institucional, lo que ocasiona una serie de disfuncionalidades y de dudas de interpretación** que han dado lugar a una situación doctrinal muy confusa, que se está reflejando en una jurisprudencia registral quizá no del todo afortunada e, incluso, en una nueva regulación un tanto discutible del supuesto para la SRL en su nueva Ley de 1995.

En síntesis, el origen de la confusión se encuentra en el dato de haber mantenido la exigencia de poder especial para cada junta del último párrafo del artículo 60 LSA de 1951 —que se justifica en las preocupaciones de política jurídica que, como hemos visto, suscita el supuesto de la representación plural o institucional— como un requisito gené-

(4) Obra citada, pp. 67 a 71, y, especialmente, p. 479.

rico de toda representación de accionistas en la junta general en el artículo 106.2, pese a la regulación específica del supuesto de la solicitud pública de representación en el artículo 107. Ello ha llevado a la necesidad de introducir una novedosa norma en el artículo 108 que exceptúa, con toda lógica, tanto el peculiar régimen previsto para la representación institucional en el artículo 107 –los supuestos que la Ley llama de “*solicitud pública de representación*”–, como esta exigencia genérica de poder especial en unos supuestos característicos de representación individual en que dicha exigencia carece de fundamento: los supuestos en que el representante del accionista es un familiar muy próximo del mismo o un apoderado con facultades de gestión de la totalidad de su patrimonio. Ahora bien, la desafortunada redacción literal de este último precepto ha dado lugar a dudas acerca de si está consagrando unos especiales supuestos de representación exceptuados en todo caso del régimen general de la representación del resto del artículo 106 (forma escrita, posible limitación estatutaria).

19

Y es esta confusión de la problemática propia de la representación individual y de la representación colectiva la que va a acentuarse precisamente en el nuevo régimen legal de la representación en la junta de socios de la SRL.

Una vez que con estas observaciones hemos situado la problemática general de la representación en la junta, paso al estudio más detenido de la normativa legal, centrándome fundamentalmente en tres cuestiones: la posibilidad de restricción estatutaria de la facultad de hacerse representar en la junta, el problema de la forma del poder, y la exigencia de poder especial para cada junta.

II. Restricción estatutaria de la posibilidad de representación en la junta

La primera cuestión que debemos plantear, tanto para la SRL como para la SA, es la posibilidad de que los estatutos eliminen o restrinjan la posibilidad de representación de los socios en la junta.

Como ya indiqué, esta pretensión puede aparecer en sociedades cerradas, con un marcado *intuitus personae*, interesadas en preservar la intimidad de las reuniones del órgano social, así como en evitar la influencia de extraños, normalmente asesores particulares de alguno de los socios, en la discusión y toma de decisiones en el seno de la junta.

Esta idea se suele plasmar en cláusulas que, o bien excluyen absolutamente la posibilidad de representación, o bien exigen determinados requisitos subjetivos en el representante, fundamentalmente, que por sí mismo reúna la condición de accionista o socio. En este tipo de cláusulas parece que está pensando el artículo 106.1 LSA cuando dice: *“Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. Los estatutos podrán limitar esta facultad”*.

A la vista de este último inciso, resulta lícita en una SA la existencia de limitaciones estatutarias de este derecho o facultad de representación. Precisamente, en la nueva LSRL se parte de la regla de que la posibilidad de representación queda legalmente restringida a los supuestos en que los representantes son otros socios o determinadas personas próximas al socio representado, y sólo mediante disposición estatutaria expresa se puede ampliar la posibilidad de ser representante a otras categorías de personas o a cualquier persona en general. Así, el artículo 49.2 dispone que: *“El socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta General por medio de otro socio, su cónyuge, ascendientes, descendientes o persona que ostente poder general conferido en do-*

cumento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas”.

Dependerá del planteamiento más o menos personalista y cerrado de la sociedad y del deseo de los socios de preservar más o menos la intimidad de sus reuniones sociales, el que se deje intacto el sistema legal restrictivo o se flexibilice mediante disposición expresa en estatutos. En la LSA —como en la propia LSRL de 1953—, el planteamiento es justo el contrario: partiendo del carácter más abierto y no personalista de este tipo social, la regla legal es la no restricción, es decir, la posibilidad de que el accionista se haga representar por cualquier persona, sea o no accionista; y la posible restricción estatutaria, cuya existencia admite la Ley, deberá establecerse de forma expresa. Es decir, la regla general es la libertad de representación y la posible excepción, en virtud de disposición estatutaria expresa, es la restricción de la representación al supuesto de que el representante sea alguno de los otros socios o persona perteneciente a una determinada categoría. Podríamos pensar, entonces, que la Ley no atiende a este conflicto entre pretensión social de privacidad de la junta y pretensión del socio individual de ejercer sus derechos sociales por medio de otra persona con una norma imperativa, sino con **dos normas dispositivas de distinto signo, según se trate de un tipo social tendencialmente más abierto —la SA— o tendencialmente más cerrado —la SRL.**

Sin embargo, la idea de que este concreto punto de la disciplina de la representación del socio en la junta está regulado por normas legales de carácter meramente dispositivo, no está tan clara en la doctrina y en la propia jurisprudencia. Así, el problema que plantea la interpretación de este artículo 106.1 de la LSA, en relación con la licitud de las posibles cláusulas estatutarias sobre la materia es, **si este**

precepto está consagrando un derecho imperativo mínimo del accionista a hacerse representar en la junta que sólo se puede “limitar” pero no excluir en estatutos. Y, especialmente, si la facultad de hacerse representar por las personas a que se refiere el artículo 108 forma parte de ese posible derecho mínimo de todo accionista intangible estatutariamente.

Al respecto, parece claro que una cláusula estatutaria que excluya absolutamente la representación, incluso en los supuestos en que se pretende ser representado por otro accionista, no resulta admisible. Y ello por cuanto la posibilidad de representación en el ámbito patrimonial privado es un principio jurídico de tipo general que permite ampliar las posibilidades de actuación de las personas superando las limitaciones espaciales, y cuya exclusión debería justificarse en alguna causa legítima, como puede ser la preservación de la privacidad de los asuntos sociales, pero que faltaría en el caso de que el representante por sí mismo ya reuniese la condición de accionista. Al respecto, se puede argumentar también con la propia literalidad de la norma, que habla de “limitar” esta facultad, pero no de excluirla o eliminarla.

Podría pensarse, no obstante, como posible justificación de una exclusión absoluta de la facultad de representación en la junta, el que con ello se puede pretender dotar de mayor estabilidad a los acuerdos de las juntas protegiéndolos de la eventualidad de impugnaciones derivadas de posibles defectos o irregularidades en la acreditación y comprobación por la Mesa de la junta de la representación alegada, en la línea de las observaciones que realizaré posteriormente. Pero entiendo que esta posible razón justificativa de una exclusión estatutaria absoluta de la posibilidad de representación no resulta admisible, porque para lograr ese propósito no hace falta llegar a una medida tan radical como la prohibición de toda representación en la junta, sino que bastaría con exigir en todo caso forma documental pública a los correspondientes poderes.

De acuerdo con ello, hay que considerar que, como mínimo, los estatutos han de permitir la representación por alguno de los otros accionistas de la sociedad.

Ahora bien, yendo más allá, puede pensarse que forma parte del derecho mínimo de representación del accionista no sólo la facultad genérica de hacerse representar por alguien, sino precisamente por **alguien de su confianza**, es decir, por una persona en quien confíe por razón de la existencia de determinada relación previa entre los mismos y por determinadas cualidades no sólo de probidad sino también de formación y conocimientos convenientes para el encargo representativo que se le encomienda. **De manera que la posibilidad de hacerse representar exclusivamente por otro accionista puede no satisfacer esta necesidad de que el representante sea persona de confianza del accionista representado**, especialmente si la sociedad cuenta con pocos socios, incluso enfrentados entre sí. Desde este punto de vista, partiendo de la existencia de un derecho mínimo inderogable del accionista a la representación en la junta, se piensa que la cláusula que restringe la representación al supuesto en que el representante es otro accionista puede estar limitando, en determinados casos, ese derecho mínimo del accionista más allá de lo que permite la Ley.

En esta línea de argumentación, RONCERO SÁNCHEZ (5) ha señalado la existencia de una cierta contradicción entre la pretensión de restringir la posibilidad de representación por no socios propia de las sociedades cerradas y familiares, y el dato de que el número de socios en estas sociedades por definición es muy reducido, de manera que fácilmente la restricción puede implicar la imposibilidad de que el accionista se haga representar por persona precisamente de su confianza. Dicho de otra forma: si la posibilidad de elegir con una mínima libertad a la persona del representante for-

(5) *La representación...*, p. 151.

ma parte del contenido mínimo inderogable del derecho de representación del accionista, en cuanto que la representación sería una relación esencialmente de confianza, una cláusula estatutaria que restrinja la posibilidad de representación a los supuestos en que el representante es también accionista, sólo sería admisible en sociedades con cierto número de socios, pero no en las sociedades pequeñas con reducido número de socios. Pero es que, precisamente, el propósito de restringir la representación, admitiéndola sólo a favor de otros accionistas, es algo que sólo tiene sentido en las sociedades cerradas y personalistas de pocos socios pero no en las sociedades abiertas.

En relación con este orden de ideas se encontraría **una cierta lectura del artículo 108 de la LSA** (*"Las restricciones establecidas en los artículos anteriores no serán de aplicación cuando el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado ni tampoco cuando aquél ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional"*), **como una norma imperativa en el sentido de que las posibles restricciones estatutarias que exijan la condición de accionista en el representante no serían aplicables a los supuestos en que el accionista quiere hacerse representar por su cónyuge, descendientes o ascendientes o por un apoderado general con facultades de administración de la totalidad del patrimonio.** Precisamente, en la medida en que en estos supuestos de "representación familiar" existe una evidente relación de confianza entre el representado y el representante, esta norma estaría protegiendo ese contenido mínimo inderogable de la facultad de representación por persona de confianza del accionista. Así, aunque los estatutos exijan genéricamente la condición de accionista en el representante, el accionista siempre podría hacerse representar por esas personas que menciona este precepto, aunque las mismas no sean accionistas.

En esta línea, aunque con una argumentación pienso que

muy desafortunada, la DGRN está sosteniendo el carácter imperativo en el sentido indicado de la norma del artículo 108 de la LSA. Así, la resolución de 2 de junio de 1994 nos dice que *“La conveniencia de que personas extrañas a la sociedad no se injieran en los asuntos de éstas, participando en las juntas generales, tiene su límite en aquellos supuestos en que por razones prácticas se trata de facilitar el funcionamiento de las sociedades familiares y el interés atendible de conjugar tanto la formación de la voluntad social, como el de no desgajar del patrimonio personal, confiado por la voluntad de su titular a una sola administración y por tanto a una sola voluntad de decisión, la parte constituida por las acciones de una sociedad determinada.* En este sentido, el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas declara inaplicables las restricciones establecidas por la propia Ley, lo que debe entenderse referido tanto a las que ésta prevé de modo preciso y concreto como a aquéllas que teniendo su apoyo potencial en la norma son desarrolladas en los estatutos de las que son una muestra la exigencia de la cualidad de accionista del representante, punto que se discute en este recurso. Esta argumentación se reproduce en las resoluciones de 8 y 9 de junio de 1994, 12 de enero de 1995 y, más recientemente, en la de 25 de septiembre de 1997.

Obsérvese cómo la DG, para sostener la imperatividad, en el sentido expuesto, del artículo 108 LSA apela a **dos ideas como fundamento de este precepto: primero, la idea de facilitar el funcionamiento de las sociedades familiares, y segundo, la idea de permitir una gestión unitaria de la totalidad del patrimonio por un solo apoderado.**

A continuación me ocuparé con más detenimiento de la cuestión del fundamento de la norma del artículo 108 de la LSA, pero, de momento, no se puede menos que señalar cómo se entiende por “sociedad familiar” aquélla en que las personas que son socios se encuentran ligadas por vínculos de carácter familiar, teniéndose en cuenta precisamente esos vínculos para la existencia y el mantenimiento de la socie-

dad. No se ve, entonces, **qué tiene que ver el facilitar la representación en los casos en que el socio está ligado por vínculos familiares con la persona que designa como representante para la junta con el “facilitar el funcionamiento de las sociedades familiares”**. Que un socio designe a un descendiente o a su cónyuge para asistir a una junta general no tiene nada que ver con que la sociedad en cuestión sea de tipo abierto, cerrado o familiar, porque, es evidente, aunque no se dé cuenta el autor de la resolución (y quizá, como luego veremos, el redactor de la nueva LSRL), que una cosa son los posibles vínculos familiares entre los socios y otra completamente distinta los posibles vínculos familiares entre un socio y su representante. De esta manera, **un criterio interpretativo que pretende ser sensible al peculiar carácter de la sociedad familiar se convierte precisamente en un límite a la pretensión de intimidad de la vida social que es característico de las sociedades cerradas y familiares**. Si la idea clave de las sociedades familiares –que sólo son una especie dentro de la categoría más amplia de la “sociedad cerrada”– es la existencia de un “*intuitus personae*”, todo lo que suponga considerar de alguna manera fungible respecto de la sociedad a un socio y al cónyuge, o determinados familiares o apoderados del socio es algo precisamente contrario a ese pretendido *intuitus personae*. En definitiva, la sensibilidad para el carácter familiar de muchas sociedades anónimas y de la mayoría de las SRL debería llevar a permitir la cláusula estatutaria que restringe la posibilidad de ser representante a los socios, pero no utilizarse precisamente como argumento para defender la imperatividad de los supuestos de “representación familiar”.

Si la norma del artículo 108 de la LSA es realmente imperativa, en el sentido de excluir cualquier limitación estatutaria de la representación cuando el representante designado es alguna de las personas a que se refiere, la razón de ello debería encontrarse más bien en **la idea antes indicada de que esta norma estaría preservando el contenido mínimo**

del derecho de hacerse representar precisamente por persona de confianza del accionista, que tendrían que dejar a salvo siempre los estatutos y que prevalecería sobre las legítimas pretensiones sociales de privacidad de la vida social. Precisamente, éste es el planteamiento del derecho portugués, en el cual una norma análoga está delimitando imperativamente unos supuestos en que la representación del accionista no puede conocer ninguna restricción legal ni estatutaria, por cuanto se pretende consagrar un reducto o contenido mínimo del derecho del accionista a hacerse representar en la junta por persona de su confianza y en el marco de una relación representativa más flexible, sin exigencias especiales de forma y con posibilidad de apoderamiento general.

Sin embargo, pienso que esta otra posible interpretación de la norma no es correcta, y ello por las siguientes razones:

1.^a Esta visión del precepto **no deja de suponer una interpretación un tanto forzada de su tenor literal**, y ello por entender que cuando se refiere a las restricciones *establecidas en los artículos anteriores* comprende también la eventual limitación estatutaria que no establece sino que se limita a autorizar o permitir el artículo 106.1.

2.^a En segundo lugar, por una razón que me parece bastante evidente: el artículo 16.1 *in fine* admite expresamente que la facultad de hacerse representar en la junta general por medio de otra persona pueda limitarse en los estatutos; evidentemente, una relación familiar con el pretendido representante difícilmente se puede improvisar, pero para conseguir que el pretendido representante ostente un “*poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional*” basta con que el accionista se pase por una notaría el día antes de la junta y se tome en su caso luego la precaución de revocarlo. Es decir, si las posibles limitaciones subjetivas de la representación impuestas en los estatutos no pueden afectar en ningún caso a los sujetos a que se refiere el artículo 108, **dada la facilidad para otorgar**

un poder general como el que contempla este precepto, cualquier posible limitación estatutaria sería fácilmente burlable por cualquier accionista. Resulta escasamente racional la idea de que el legislador al mismo tiempo consagra la validez y eficacia de las cláusulas estatutarias que restringen desde el punto de vista subjetivo la posibilidad de representación del accionista en la junta y nos proporciona un mecanismo que permite eludir de plano cualquier posible restricción estatutaria. Parece así claro, para no tachar de completamente ingenuo al legislador, que el orden de ideas al que responde la contemplación de ese apoderado general en el artículo 108 tiene poco que ver con el problema de la pretendida protección de un derecho mínimo del accionista para hacerse representar por persona precisamente de su confianza.

3.^a Por último, se puede argumentar con lo que es **el verdadero fundamento de la norma del artículo 108 LSA**, que no tiene nada que ver ni con la facilitación del funcionamiento de las sociedades familiares ni con la facilitación del mantenimiento de la unidad de dirección en la gestión patrimonial encomendada a un apoderado general, ni con la idea de que estas personas presumiblemente son merecedoras de una especial confianza por parte del accionista: simplemente la Ley considera que **estos casos están libres de la sospecha de una posible utilización de un poder general como instrumento para acrecentar indebidamente la influencia personal del apoderado en el órgano social, y ello precisamente porque el apoderado está vinculado con el accionista por un vínculo previo ajeno a la existencia de la sociedad**, como es esa relación familiar o ese encargo mucho más genérico que el que se limita a la gestión o administración de un paquete de acciones de una sociedad, en cuanto que está afectando a la totalidad del patrimonio del accionista. Así como el accionista individual activo que quiere introducir a una persona de su confianza en la junta podría valerse del otorgamiento de un poder general de administración para

burlar una posible restricción estatutaria, lo que es difícilmente pensable es que un accionista pasivo y desinteresado de la vida societaria acepte conceder un poder general de administración del conjunto de su patrimonio cuando se le solicita una representación para asistir en su nombre a una junta.

En la línea del derecho alemán, esta norma del artículo 108 aparece como una excepción a la aplicación del régimen restrictivo que prevé la Ley pensando en los supuestos no de representación individual del accionista, sino de representación plural o institucional. Las restricciones establecidas en los artículos anteriores cuya aplicación exceptúa son, propiamente, la exigencia de que el documento de poder contenga el orden del día y las instrucciones para el ejercicio del voto que establece el artículo 107 para los supuestos especiales de solicitud pública de representación y la exigencia de poder especial para cada junta que genéricamente establece el artículo 106.2, en atención también al mismo problema de la representación plural y la posible desvirtuación de la estructura corporativa de la S.A.

¿Que —efectivamente— hay más supuestos en que podría estar justificada la excepción, como cuando el poder se refiere a otros bienes distintos de las acciones aunque no comprenda todo el patrimonio del accionista? Ciertamente es así, pero a la Ley le parece bastante con exceptuar sólo los casos que considera como menos sospechosos de una maniobra de captación permanente de votos y los demás los deja sometidos a la cautela genérica de exigir el apoderamiento especial para cada junta.

De acuerdo con este planteamiento, habría que pensar que **el contenido normativo del artículo 108 de la LSA se limita a la dispensa de las normas imperativas que exigen en general el poder especial para cada junta o los requisitos particulares del artículo 107 en unos supuestos en que resultarían muy injustificadas tales exigencias**, pero, aparte de ello, este precepto no tendría un contenido positivo que fuese

imperativo frente a lo que puedan disponer los estatutos sociales. No deberíamos pensar que está consagrando unos supuestos específicos de representación del accionista con un determinado régimen legal inderogable frente a lo que puedan disponer los estatutos sociales.

Sin embargo, **la interpretación que rechazo es la que parece haber seguido el propio legislador al establecer el nuevo régimen de la representación del socio en la junta de la SRL:** “2. *El socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta General por medio de otro socio, su cónyuge, ascendientes, descendientes o persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas*”.

30 Como ya señalé, en atención a la idea de que en la SRL, a diferencia de la SA, es característico el *intuitus personae*, se establece una regla dispositiva que restringe la representación a los casos en que el representante es otro de los socios, permitiendo que en estatutos se generalice la posibilidad de representación a cualquier persona aunque sea extraño a la sociedad. Pero, además de ello, **el autor del precepto ha tomado los supuestos de “representación familiar” del artículo 108 de la LSA y los ha introducido dentro de la misma norma como supuestos en los que legalmente se admite también la representación.** Esta inclusión se está considerando por la doctrina, y sin especial reparo (CABANAS TREJO (6), RONCERO SÁNCHEZ (7), también BISBAL MÉNDEZ, aunque sorprendiéndose ante la norma (8)), como **imperativa**. Es decir, los estatutos de una SRL no podrían exigir en

(6) “Comentario al art. 49 de la LSRL” en VVAA *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1995, p. 284.

(7) *La representación...*, p. 467.

(8) “La Junta general de socios de la SRL”, en VVAA *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997.

todo caso la condición de socio al representante, pues es imperativa esta posibilidad de hacerse representar por estos familiares o por el apoderado general a que se refiere el precepto.

Pero, no podemos menos que pensar: **¿está justificada la imperatividad de esos supuestos de representación cuando es precisamente característico del tipo social SRL su condición de sociedad cerrada y con presencia de un importante *intuitus personae*?** ¿No es contradictorio —como ya señalé— la protección del legítimo carácter familiar de la sociedad personal con la consideración imperativa de los supuestos de “representación familiar”?

A la vista del tenor de la norma y de sus antecedentes jurisprudenciales, no podemos menos que cuestionarnos si realmente estaba en la intención del legislador (interpretación de RONCERO SÁNCHEZ) proteger por esta vía ese pretendido derecho mínimo del accionista de poder hacerse representar por persona de su confianza frente a las pretensiones de cerramiento de la sociedad, o si, en la línea de la argumentación errada de la DGRN, lo que se pretendía con la inclusión de estos supuestos de “representación familiar” era facilitar el funcionamiento de las “sociedades familiares”. Porque si la idea hubiese sido esta segunda, ¿piensa también el legislador que la relación familiar existente entre el socio y su cónyuge, ascendientes o descendientes o la posible confianza que tenga el socio en ese apoderado general que actúa como su *alter ego* hace que estos apoderados estén más cerca del *intuitus personae* que, en su caso, justificó la constitución y puede justificar la subsistencia de la sociedad? Al respecto, lo que importa no son los vínculos que tengan estas personas con el socio al que pretenden representar, sino los vínculos que por su parte puedan tener con el resto de los socios interesados legítimamente en preservar un determinado *intuitus personae*.

En el fondo sería el mismo error que comete la Ley al establecer la norma —en este caso sí claramente dispositiva—

de que la transmisión de participaciones sociales al cónyuge, ascendientes o descendientes del socio es libre, cuando en las sociedades con marcado carácter personalista es evidente que casi nunca la confianza existente entre los socios se extiende a estos familiares (en las sociedades familiares que constituyen los padres con alguno o algunos de los hijos, a la pregunta de si una eventual transmisión de participaciones a las posibles nueras o yernos debe ser libre, la respuesta siempre es negativa).

32

Lo absurdo de esta interpretación se confirma si pensamos que la primera idea del legislador es restringir más la posibilidad de representación en la junta en este tipo social, en contraste con la anónima, precisamente en atención a su carácter más personalista y cerrado. Así, en la Exposición de Motivos nos explica el legislador que *“Este carácter cerrado se manifiesta igualmente en que, salvo disposición contraria de los estatutos, la representación en las reuniones de la Junta General tiene un carácter restringido”*. Pero resulta que toda esta pretensión legítima de cerramiento y privación de la vida social queda absolutamente desvirtuada si pensamos que un supuesto de representación imperativo es el que tiene lugar mediante un poder general de administración de todo el patrimonio en documento público, pues, como ya señalé, basta con que el socio otorgue, aunque sea momentáneamente, un poder general de este tipo a favor de quien tenga por conveniente para escapar a cualquier restricción tanto legal como estatutaria.

Así, no podemos menos que achacar al legislador del 95 una grave confusión entre dos órdenes de cuestiones completamente diferentes: el problema del *intuitus personae* o carácter cerrado de la sociedad y el problema de la prevención contra los poderes generales que pueden adulterar el correcto funcionamiento del sistema corporativo de formación de la voluntad social.

Que quizá el legislador no tiene muy claras sus ideas sobre el fundamento de la norma en cuestión se pone de

manifiesto en el dato de que, **paradójicamente, el régimen de la “representación familiar” del socio resulta más restrictivo en la SRL que en la SA en relación con esa otra cuestión que es la exigencia de apoderamiento especial para cada junta.** Así, en la SA está claro que los apoderados del artículo 108 están dispensados del requisito del poder especial para cada junta, cualquiera que sea la forma en que se documente el poder (incluso, algunos entienden que están dispensados del requisito de forma escrita), mientras que el **artículo 49.3 LSRL exige en todo caso poder especial para cada junta, salvo que el poder se formalice en documento público, sin exceptuar el supuesto de representación por las personas a que se refiere su párrafo 2.º.** Si esto es así en la SRL, ¿qué sentido tiene considerar, como luego veremos, que en los estatutos de una SA no se puede exigir poder especial también en los casos del artículo 108 porque esta norma es imperativa? Así, el artículo 49. 2 y 3 de la nueva LSRL sólo en parte confirma la postura de los que piensan que el artículo 108 de la LSA es una norma imperativa.

33

A la vista de todo lo expuesto, pienso que tanto en los estatutos de una SA como en los de una SRL se puede limitar la facultad del socio de hacerse representar por personas extrañas a la sociedad, y que tales limitaciones son también aplicables, salvo que los propios estatutos dispongan otra cosa, al pretendido representante que sea cónyuge, ascendiente o descendiente o apoderado general con facultades para administrar todo el patrimonio del poderdante.

Hay que tener en cuenta, no obstante, una jurisprudencia que ha apelado al principio de buena fe en cuanto a la aplicación de las posibles restricciones estatutarias. Así, en algunas ocasiones, el TS se ha ocupado de supuestos en que los estatutos restringían la posibilidad de representación en determinados términos, por ejemplo, exigiendo que el repre-

sentante fuese también accionista o familiar en cierto grado del accionista representado, y, sin embargo, no se había rechazado en una junta la representación por medio de una persona que no reunía dichos requisitos. Cuando en una junta posterior se quiso rechazar la intervención del mismo representante, el TS invocó el principio de buena fe, de manera que si en juntas anteriormente celebradas se le tiene reconocida a un socio una representación determinada, no puede impugnarse tal representación en juntas posteriores (SS de 8 de mayo de 1961, 5 de julio de 1986 y 20 de abril de 1987).

Es muy importante tener en cuenta, al respecto, que así como la admisión de una representación que luego es impugnada con éxito puede afectar a la validez de los acuerdos adoptados en una junta, sólo si la presencia de las acciones en cuestión era necesaria para alcanzar el quorum exigido o el voto emitido por el representante fue determinante para la adopción del acuerdo en cuestión, sin embargo, de esta jurisprudencia del TS se desprende la importante idea de que **el rechazo injustificado de una representación afecta en todo caso, a la validez de los acuerdos adoptados en la junta, porque ésta no estaría válidamente constituida al haberse privado ilegítimamente a un accionista de su derecho de asistir y participar en la deliberación por medio de un representante**, y ello aunque su voto no hubiera podido impedir la adopción del acuerdo. De acuerdo con ello, desde el punto de vista de la sociedad, y en casos de duda sobre si procede reconocer o no legitimación a una persona para intervenir como representante de un accionista ausente, **puede tener consecuencias más graves rechazar esa legitimación que admitirla**, por cuanto, si la decisión no ha sido acertada y ha sido impugnada judicialmente con éxito, en el primer caso todo lo acordado en la junta es necesariamente nulo, mientras que en el segundo caso, sólo aquellos acuerdos para cuya adopción haya sido determinante la presencia o el voto del representante que no debía haber sido admitido.

En relación con estas pretensiones sociales de restringir la representación de accionistas o socios para evitar injerencias extrañas en la junta se suscitan algunas otras cuestiones en las que no voy a detenerme: la posibilidad de lo que se conoce como **“representación parcial”**, consistente en que un accionista asiste a la junta sólo por una parte de sus acciones mientras que respecto del resto asiste otra persona como su representante, con la idea de que un socio asista acompañado de un asesor a la junta eludiendo la posible prohibición de asistencia de no socios que podría acordar la mayoría de la junta al amparo del artículo 104. 3 LSA; o la **“representación múltiple”**, cuando se designan varios representantes respecto de distintos paquetes de acciones del mismo accionista.

El artículo 49.3 de la LSRL se opone precisamente a ambas posibilidades cuando dispone que *“La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado...”*. Normas como ésta, introducidas por la nueva LSRL, dan lugar a la duda acerca de si suponen una manifestación de la peculiaridad del tipo SRL —la unidad de la posición de socio de la SRL, dado el carácter más subjetivo contractual del tipo, frente a la objetivación y despersonalización de las posiciones de socio de la SA incorporadas a cada una de las acciones—, o bien pueden considerarse como mejoras técnicas de la normativa genérica de las sociedades de capital y aprovechables, por tanto, para interpretar las posibles oscuridades o lagunas de la LSA.

III. El problema de las garantías formales del poder

Un segundo problema u orden de cuestiones que plantea la representación en la junta general consiste en determinar cuáles son las garantías formales que cabe exigir en este ámbito para asegurar la autenticidad del poder.

Al respecto, hay que partir de la idea de que en nuestro derecho existe una regla general de libertad de forma para el apoderamiento. Así, se entiende aplicable al poder lo que dispone el artículo 1.710 del Código civil para el mandato: que puede ser expreso o tácito y que el expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. Sin embargo, hay ámbitos negociales en los que la Ley se muestra más rigurosa, exigiendo una forma especial al poder, como sucede en los supuestos del artículo 1.280.5 del Código civil, en los que se precisa forma documental pública.

En el caso de la representación para asistir a la junta general de una sociedad, la Ley societaria quiere rodear de cierta cautela al fenómeno de la representación y exige **forma escrita** al correspondiente poder en el párrafo 2.º del artículo 106, y también en el artículo 49.3 primer inciso LSRL. Ahora bien, esta forma escrita, al no precisar más la Ley, puede ser tanto pública como privada. Si contemplamos esta norma desde el punto de vista del artículo 1.280.5 del Código civil, nos puede parecer una norma un tanto laxa; sin embargo, si la enfocamos desde el prisma del artículo 1.710, nos parecerá como una norma que introduce un cierto rigor respecto de lo que sería el principio general de libertad de forma.

Evidentemente, el apoderamiento conferido en forma escrita privada da lugar a la necesidad de que el órgano competente para apreciar los requisitos de válida constitución de la junta, es decir, la Mesa de cada junta, realice una calificación del correspondiente documento de poder en cuanto a autenticidad de la firma e incluso capacidad del poderdante, lo que no deja de ser problemático. Por ello, parece que hay que considerar siempre esta norma del artículo 106 de la Ley como una norma de mínimos, en el sentido de que aunque a la Ley le baste con exigir la forma escrita para la acreditación de la representación, en los estatutos sociales se podría establecer un condicionamiento de la representación a su acreditación en forma documental pública, de manera

que la responsabilidad por la autenticidad del poder y la capacidad y el consentimiento del poderdante recaerían sobre el notario autorizante de la correspondiente escritura de poder.

Así, pienso que la razón de ser de esta norma de las leyes de SA y SRL no se encuentra tanto en la protección del propio accionista o socio poderdante o simplemente ausente de la reunión frente a una posible alegación falsa de representación o ante una desviación respecto del encargo conferido al representante, como, más bien, en la protección del interés de la propia sociedad en que la Ley limite el reconocimiento de poderes en la junta únicamente a aquéllos que estén revestidos de unas mínimas garantías de autenticidad, para evitar que la concurrencia a la junta de representantes suponga siempre un peligro de impugnabilidad y consiguiente inseguridad de los acuerdos adoptados en la misma, con la perturbación que ello puede suponer para el adecuado funcionamiento de la sociedad. Piénsese, en la línea de lo que luego indicaremos en relación con el fundamento de la exigencia de poder especial para cada junta, que existe un amplio ámbito de la negociación patrimonial en que la Ley no exige ninguna forma especial para los poderes, ni siquiera la forma escrita privada. Resultaría así anómalo que la ley societaria se preocupase de proteger precisamente el interés del accionista individual frente a posibles abusos del apoderado mediante esta norma sobre forma del negocio de apoderamiento. Antes al contrario, son razones de estricto derecho societario, en relación con la facilitación del funcionamiento corporativo de las sociedades, las que motivan esta exigencia.

De acuerdo con este planteamiento, no parece —como digo— que la norma legal que exige forma escrita para el poder para asistir a la junta deba entenderse como una norma imperativa en el sentido de que los estatutos sociales no puedan endurecer esa exigencia formal. O, dicho de otra forma, la norma legal que exige forma escrita al apoderamiento debe considerarse como imperativa en cuanto norma

de mínimos pero no en cuanto norma de máximos. Así, los estatutos de una sociedad no podrían dispensar de la necesidad de que los poderes reúnan al menos la forma escrita privada, como garantía mínima para proteger, no tanto el interés del poderdante, como el interés de la propia sociedad de asegurarse una cierta certeza en cuanto a la válida constitución de sus juntas; pero sí podrían establecer un régimen más riguroso, exigiendo en todo caso forma documental pública, debiendo entenderse que no existe un derecho subjetivo inderogable del accionista al amparo del artículo 106.2 de la Ley a hacerse representar en forma simplemente escrita privada.

Así, pienso que el posible interés del accionista o del socio que no puede asistir personalmente a la junta en la existencia de un sistema flexible de forma del apoderamiento que abarate los costes o agilice su otorgamiento no puede prevalecer, como algo imperativo, sobre el posible interés social en evitar todos los problemas prácticos que para la acreditación y comprobación de la representación en la junta pueden resultar de una simple formalización documental privada de los correspondientes poderes, y ello mediante la exigencia estatutaria de una documentación pública en todo caso de los posibles poderes.

Y ello es algo que me parece aún más claro tratándose de la SRL, teniendo en cuenta que ahora su Ley especial permite el poder general para asistir a juntas siempre que conste en documento público. Es decir, en la SRL resulta menos gravosa para el socio la posible exigencia estatutaria de documento público para la oponibilidad frente a la sociedad de cualquier representación que se alegue en una junta desde el momento en que la Ley autoriza la concesión de poderes generales para juntas en documento público.

Por lo demás, no parece que cuando el artículo 108 LSA dispensa para los supuestos que llama de “representación familiar” las “*restricciones establecidas en los artículos anteriores*” se esté refiriendo a esta cuestión de la forma escrita

del poder, sino sólo al problema de que me ocupo a continuación del carácter especial del poder, aunque lo cierto es que el tenor literal de la norma podría llevar a entender otra cosa, y no faltan opiniones doctrinales que así lo sostienen. No obstante, entiendo que la forma escrita del poder se exige también si el representante es alguno de los sujetos a que se refiere este artículo 108, interpretación ésta que confirma la nueva LSRL cuando de forma categórica exige la forma escrita en el apartado 3 del artículo 49, sin que exista ningún argumento literal o sistemático que nos permita entender que las categorías de posibles representantes a que se refiere el apartado anterior del precepto están exceptuadas de tal exigencia.

IV. La exigencia de poder especial para cada junta

39

Hay una tercera cuestión que debe ser distinguida claramente de las dos anteriores: el problema del carácter especial para cada junta del apoderamiento.

a) El problema del fundamento de esta exigencia.

A veces se entiende que el fundamento de esta exigencia que formula el artículo 106 y que exceptúa el artículo 108 para los supuestos comprendidos en el mismo, es la protección del interés particular del accionista que acude al mecanismo de la representación en evitar una posible deslealtad o abuso o desviación de facultades por el apoderado en beneficio propio. Por ello, esta cautela de exigir un apoderamiento especial para cada junta se dispensaría en los supuestos del artículo 108 en que el apoderado es un familiar próximo del accionista o una persona en la que éste ha depositado ya una gran confianza, pues le ha concedido facultades de administrar todo el patrimonio que el accionista tuviere en territorio nacional.

En concreto, se llega a pensar que **el socio tiene un derecho individual a decidir si asiste o no personalmente a cada junta en atención al orden del día de la misma al que no podría renunciar por el hecho de haber concedido un apoderamiento de tipo general.** Este punto de vista está presente precisamente en la jurisprudencia relativa a la posibilidad de representación en la junta universal, junta que se caracteriza por la falta de una convocatoria formal.

Así, el artículo 48.1 de la nueva LSRL habla respecto de la junta universal de estar “presente o representada” la totalidad del capital social. La doctrina y la jurisprudencia ha entendido que, aunque calle al respecto la norma de la LSA, también es admisible en este tipo social la representación en la junta universal. No obstante, la jurisprudencia registral y la del TS (SS de 8 de mayo de 1962 y de 30 de mayo de 1975) han venido a matizar esta posibilidad apelando precisamente a la norma que exige que la representación se confiera con carácter especial para cada junta. Teniendo en cuenta que, como digo, lo característico de la junta universal es la ausencia de convocatoria formal y la posibilidad de decidir sobre cualquier asunto que se acepte como orden del día por los asistentes, admitir una representación incondicionada del accionista en junta universal parece contrario a la cautela del artículo 106 de la Ley. Por ello se entiende que esta representación en la junta universal no es posible en el caso de que la junta universal decida celebrarse con absoluta espontaneidad ante la coincidencia ocasional en un mismo lugar y tiempo de todos los accionistas y sus representantes, pero sí en el caso de que haya habido una previa convocatoria informal de la junta, habiéndose puesto en contacto para ello los accionistas de cualquier forma. Y ello porque esta representación en la junta universal requiere un poder en el que se haya contemplado expresamente la celebración de una determinada junta universal en la cual se va a deliberar y decidir sobre unos asuntos determinados, es decir, que el poder se haya dado con conocimiento del or-

den del día, de manera que el representante no podría aceptar un orden del día de la junta que comprendiese materias no contempladas por el poderdante al conceder el poder.

Así, la RDGRN de 16 de marzo de 1990 nos dice que "... Es doctrina del Tribunal Supremo y de esta Dirección General (*vid.* Sentencias de 13 de abril de 1973 y 30 de mayo de 1975 y Resolución de 4 de mayo de 1981) la posibilidad y validez de la representación para las Juntas universales siempre que se acredite que quien la otorgó tenía conocimiento de su constitución y de los asuntos que iban a dilucidarse *—máxime cuando se trata de Sociedades con un reducido número de socios—*".

Repárese en este último inciso: **la DGRN considera especialmente relevante el dato de que la sociedad tenga pocos socios para observar una especial cautela en la apreciación de la especialidad del poder para la junta en cuestión.** Con ello, es claro que la DGRN está pensando en la necesidad de protección del socio frente a una posible desviación en la actuación de su apoderado, es decir, pretende proteger al poderdante respecto del apoderado que él mismo ha nombrado.

Precisamente, en el recurso que motivó la resolución de 7 de febrero de 1996 (seguida de otra muy similar de fecha 5 de marzo de 1997) —que se ocupó de una cláusula estatutaria que, en la línea de la doctrina que acabamos de estudiar, exigía poder escrito con consignación precisa y concreta de los asuntos sometidos a debate en la sesión de la junta general y sobre los que pueda adoptar decisión para la representación en la junta universal, pero sin salvar expresamente los supuestos del artículo 108 LSA, por lo que fue rechazada por el registrador mercantil— el notario recurrente alegaba que la norma sobre "representación familiar" del artículo 108 de la Ley era excluible estatutariamente, "*pues no puede privarse a cada socio de la facultad de decidir la no concurrencia a la junta no convocada*".

Luego volveremos sobre esta cuestión de la representación en la junta universal en relación con la posible imperatividad de los supuestos del artículo 108 LSA. De momento, me interesa **poner en cuestión este pretendido fundamento de la exigencia de poder especial para cada junta.**

Así, en relación con ello, no podemos menos que plantearnos lo siguiente:

1.º **Si el objetivo del artículo 106.2 fuese la protección del interés particular del accionista poderdante, resultaría, en primer lugar, algo insólito en relación con la disciplina general de la representación en los negocios jurídicos.** Piénsese que por muy importantes que para la marcha de una sociedad puedan ser las decisiones que se pueden adoptar en una concreta junta, ello nunca compromete el patrimonio personal del accionista más allá de lo que significa su participación en el capital de la sociedad. Además, si éste fuera el fundamento de la norma, la Ley no admitiría los poderes generales en ámbitos de tanta o más trascendencia patrimonial que la asistencia a las juntas generales de sociedades de capital, como sí lo hace —obsérvese que la Ley no da un trato restrictivo en cuanto a su alcance para realizar actos dispositivos o de riguroso dominio a los poderes generales sino a los poderes “conferidos en términos generales”, exigiendo para realizar actos dispositivos no un poder especial que se refiera a un bien o a una operación en concreto sino un poder “expreso” que contemple expresamente las facultades dispositivas, aunque sea sobre cualesquiera bienes y para cualesquiera negocios futuros.

2.º En segundo lugar, además de inconsecuente con el régimen de la representación en otros ámbitos patrimoniales, **sería una cautela un tanto desmesurada,** pues no es que la LSA no admita un poder general documentado en forma privada, con escasas garantías de autenticidad y sin un asesoramiento previo, sino tampoco —en cuanto que no distinga y además el supuesto del artículo 108 es más específico— un posible poder general para representar al accionista

en cualquier junta de esta sociedad concedido en escritura pública, es decir, con toda la garantía para los intereses del accionista poderdante que supone la intervención del notario para asegurar la pureza de su consentimiento y el conocimiento de la posible trascendencia de su acto.

En realidad, el artículo 106.2 LSA no es una norma que deba encuadrarse en las ideas generales que determinan el régimen general del instituto iusprivatista de la representación voluntaria, sino que **es una norma motivada –como el artículo 107– por razones de estricto derecho societario en relación con la preservación de la constitución corporativa o política de la SA.**

Así, el fundamento de esta exigencia de carácter especial del apoderamiento, es decir, la necesidad de que se conceda en vistas a la celebración de una junta determinada y con conocimiento de los asuntos a tratar en la misma –lo cual presupone que ya se ha realizado su convocatoria formal, o bien, en caso de junta universal, como hemos visto, que el apoderado está específicamente autorizado para consentir la celebración de una junta para tratar de determinados asuntos– se encuentra más bien en la idea de evitar que se utilice el instrumento de la representación como una manera de acrecentar la influencia de determinados sujetos en la toma de decisiones sociales más allá de lo que es su real participación en el capital social, aprovechándose para ello del absentismo de los accionistas y de la obtención de los mismos de poderes en blanco o generales. En este sentido, esta exigencia se relaciona con las preocupaciones que motivaron la anterior prohibición de conceder la representación a personas jurídicas o a las personas físicas que éstas hubiesen designado como representantes suyos para la junta en cuestión (prohibición que en sede de SRL ha subsistido hasta la Ley de 1995), y que hoy motivan la norma del artículo 107 sobre la solicitud pública de representación.

Precisamente, la razón de esta norma del artículo 107 –que se ocupa de lo que la doctrina conoce como “repre-

sentación institucional” del accionista, frente a lo que sería la “representación individual”– se encuentra en la idea de evitar que personas o entidades, especialmente intermediarios financieros o los propios administradores sociales, puedan alcanzar un poder de decisión en los asuntos sociales superior al que corresponde a su real participación en el capital social aprovechándose de su condición de depositarios o gestores de los títulos o de administradores sociales mediante apoderamientos en blanco obtenidos de forma más o menos encubierta. En cualquier caso, no me voy a ocupar del contenido de esta norma –ya que no nos interesa apenas a efectos de nuestro estudio del nuevo régimen de la LSRL–, sino que me basta con señalar que la Ley del 89 se muestra menos rígida que la Ley del 51, la cual –como la LSRL de 1953– prohibía categóricamente toda representación concedida por el accionista a personas jurídicas.

b) La imperatividad de la regla que exige el poder especial y las excepciones a la misma.

Como digo, la exigencia de poder especial para cada junta del artículo 106.2 LSA pertenece al mismo orden de ideas que sirven de fundamento al artículo 107. Lo que sucede es que **este artículo 106.2 no deja de suponer un intento –valga la expresión– de matar moscas a cañonazos.** Así, por la propia naturaleza de las cosas, el problema de la posible alteración de la estructura corporativa de la SA mediante la captación de una representación plural de accionistas pasivos es algo propio de las grandes sociedades con gran número de accionistas, y que no se plantea en las pequeñas sociedades de pocos socios. En éstas, si un socio apodera a otro socio o a cualquier otra persona de forma general para el ejercicio de sus derechos sociales lo hace conscientemente y no como consecuencia de una maniobra de captación de votos por parte del apoderado. Sin embargo, **el artículo 106.2 no distingue, sino que con un cierto**

simplismo corta por lo sano y prohíbe de forma general los poderes de tipo general para asistir a las juntas de SA.

Lo poco matizado de la regla general, que introduce una extraordinaria rigidez en la materia del ejercicio de los derechos sociales corporativos mediante representante, en contraste con lo que es el régimen general de la representación en cualquier otro ámbito patrimonial, hace que el propio legislador se haya considerado obligado a introducir un factor de flexibilidad mediante la norma del artículo 108. Este precepto contempla **unos supuestos que claramente responden a la idea de lo que inicialmente llamamos “representación individual”** –por contraste con la “representación plural o institucional”– precisamente porque existe una vinculación previa extrasocietaria entre el accionista representado y su representante que aleja cualquier sospecha de que un poder general se utiliza como mecanismo de captación permanente del voto de un accionista pasivo.

45

Así, según ya he expuesto, la norma sobre representación familiar del artículo 108 LSA lo que viene a exceptuar con su referencia a *las restricciones establecidas en los artículos anteriores*, no es todo el contenido del artículo 106 sino sólo la exigencia de poder especial para cada junta, en la línea de las mismas preocupaciones del artículo 107. Según ello, el fundamento de la excepción a esta exigencia de poder especial en los supuestos del artículo 108 **no se encuentra en la idea de que esos concretos apoderados sean merecedores de más confianza para la Ley en el afán de ésta de proteger al accionista poderdante contra los posibles abusos de su apoderado en un supuesto de representación individual**, sino en la idea de que estos casos son **menos sospechosos de una posible utilización por el apoderado de este poder general como instrumento para una representación plural que le permita acrecentar indebidamente su influencia en el órgano social.**

En cualquier caso, la excepción queda restringida a estos supuestos del artículo 108. Fuera de los mismos, ya se trate de un supuesto de representación plural o de un caso cla-

ramente de representación individual, sigue vigente la regla general que proscribe los poderes generales en este ámbito, y ello, como digo, dado lo poco matizado de la regla del artículo 106.2, norma que, en principio, hay que considerar imperativa, en cuanto que persigue un resultado de derecho societario general en relación con la no desvirtuación de la constitución corporativa de la SA mediante el mecanismo de la representación.

En definitiva, la aplicación a toda clase de sociedades –cualquiera que sea su envergadura– y a todos los supuestos de representación –tanto plural como individual, salvo en los casos comprendidos en el artículo 108 LSA– de esta regla que exige poder especial para cada junta se convierte en **un grave obstáculo, carente de justificación, para el empleo del mecanismo representativo en el ámbito societario y en especial, para el funcionamiento de las pequeñas sociedades que resulta extraordinariamente agilizado mediante el expediente de la junta universal.** El funcionamiento de muchas pequeñas sociedades –y no sólo las de carácter “familiar”– mediante la reunión de juntas universales con presencia de algún representante individual queda así bastante dificultado por la interferencia de un requisito legal que sólo tiene justificación para evitar la captación de voto en las grandes compañías anónimas.

Por ello, no puede **juzgarse más que favorablemente la flexibilidad que en materia de poder general para asistir a la junta ha introducido el artículo 49.3 de la nueva LSRL.** El segundo inciso de este precepto dispone que “*Si no constare en documento público (la representación), deberá ser especial para cada junta*”. Por tanto, se admite la posibilidad de poderes generales siempre y cuando se observe la forma documental pública en su concesión, lo que parece –dada la mayor complejidad que implica acudir a la notaría para otorgar el poder– una garantía suficiente de la pureza del consentimiento del poderdante y de que no se obtiene el poder mediante una maniobra de captación de voto.

Podemos decir, entonces, que la LSRL ha cambiado de planteamiento en esta materia del poder especial respecto de la postura que adopta la LSA. En la LSA, la posible excepción a la exigencia de poder especial se basa en la condición subjetiva del representante: que sea familiar o apoderado general con facultades de administración del conjunto del patrimonio; mientras que en la LSRL la excepción se va a basar exclusivamente en un dato formal: que el poder de representación se haya concedido en documento público.

Ello **debería llevarnos a revisar la doctrina jurisprudencial ya expuesta sobre la representación en la junta universal**: tratándose de una SRL, no se puede poner ninguna objeción a la intervención de un apoderado general en una junta universal siempre y cuando su poder haya sido concedido en documento público. Y ello, en definitiva, nos confirma que ese pretendido derecho irrenunciable del que hablábamos a decidir sobre si se participa o no personalmente en una junta en atención al orden del día de la misma, no es realmente tal, sino el resultado de una confusión entre los planteamientos que rigen el derecho de sufragio en el ámbito jurídico público y la trascendencia exclusivamente patrimonial privada que tiene el ejercicio de los derechos corporativos en una sociedad mercantil.

47

Ahora bien, este cambio de planteamiento no deja de venir acompañado de un cierto desajuste, porque parece como si al legislador le hubieran sobrado piezas al montar el nuevo sistema y no se hubiera querido desprender de las mismas, sino que las ha querido seguir colocando todas.

Así, por una parte, **¿por qué se refiere específicamente en el párrafo 2 a un apoderado también en documento público pero éste con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional?** Hay, entonces, dos clases de apoderados en documento público: el simple apoderado en documento público para asistir a juntas, que se ve dispensado de la exigencia de po-

der especial para cada junta, y el apoderado administrador general del patrimonio del socio, que, además, se ve incluido dentro del grupo de las personas dispensadas de la restricción dispositiva legal de la representación por razón del *intuitus personae* societario. Si la primera categoría de apoderados –los apoderados en documento público– ya se ven de forma genérica dispensados de la necesidad de apoderamiento especial, lo lógico hubiera sido ya prescindir de la otra categoría como algo específico, *pues en el artículo 108 LSA aparecía precisamente como excepción a la exigencia de apoderamiento especial*. Sin embargo, el legislador parece que se ha encariñado con este personaje del apoderado general de administración de todo el patrimonio del socio y para mantenerlo nos lo introduce como hemos visto y contra toda lógica jurídica en el párrafo 2 del precepto. Así, este personaje cambia de función: en el artículo 108 LSA aparece, como digo, como una excepción a la exigencia de poder especial para cada junta y a la aplicación de los requisitos del artículo 107; mientras que en el artículo 49.2 LSRL aparece como una excepción a la restricción dispositiva legal de la representación sólo al supuesto en que el representante es otro de los socios. Ahora bien, al dar pie con ello, como vimos, a pensar que éste es un supuesto imperativo de posibilidad de representación que no se puede excluir en estatutos, puede permitir la elusión de cualquier restricción estatutaria por razón de la condición subjetiva del representante, acabando en definitiva con cualquier pretensión de cerramiento de la sociedad por esta vía, contra el propio propósito que hace expreso el legislador en su Exposición de Motivos.

Pero no sólo esto, sino que **resulta que respecto del apoderado cónyuge, ascendiente o descendiente del socio, la LSRL se muestra más restrictiva que la LSA en esta materia del poder especial**. Y ello porque en la LSA al estar contemplados en el artículo 108, que se dirige fundamentalmente a exceptuar la exigencia de apoderamiento especial

para cada junta, resulta que el cónyuge, ascendiente o descendiente de un accionista que tenga a su favor un poder aunque sea general de asistir a juntas, cualquiera que sea su forma pública o privada, podrá actuar como representante, mientras que en la LSRL estos familiares necesitarán un poder especial para la junta en cuestión, a no ser que su poder se les haya dado en forma documental pública. Sin perjuicio de que nos pueda parecer conveniente en términos de seguridad jurídica la potenciación del documento público, no deja de resultar chocante que un supuesto que clarísimamente escapa a la problemática de la representación plural que motiva la exigencia del poder especial para cada junta, se vea sometido a un régimen más riguroso en cuanto a dicha exigencia en la SRL que en la SA.

Esta diferencia de régimen resulta precisamente del hecho de no darse cuenta el legislador de los diferentes problemas que entraña la representación en la junta, habiendo transplantado irreflexivamente estos supuestos del artículo 108 de la LSA, donde funcionan como excepciones a la regla de apoderamiento especial para cada junta, al terreno de la posible restricción de representantes extraños por razón del *intuitus personae* societario.

Así, en la LSA la exigencia de poder especial para cada junta se exceptúa en el artículo 108 en atención a las condiciones subjetivas de los representantes, mientras que en la LSRL la única excepción a la exigencia general de poder especial se basa en el dato formal de la documentación pública del poder, pero sin que existan excepciones de tipo subjetivo.

c) El problema de la pretendida imperatividad del artículo 108 como excepción a la exigencia de poder especial.

Volviendo al régimen de la LSA, hemos visto que la exigencia imperativa de poder especial para cada junta se exceptúa en los supuestos del artículo 108. Pero tenemos que

platearnos ahora: **¿esta norma, a su vez, es imperativa? Es decir, ¿se podría exigir mediante una disposición estatutaria expresa también poder especial para cada junta en los casos que contempla el artículo 108?**

Este es el problema que se planteaba en las resoluciones de 7 de febrero de 1996 y de 5 de marzo de 1997 respecto de sendas cláusulas estatutarias que exigían poder especial para consentir la celebración de la junta universal sin exceptuar expresamente los supuestos del artículo 108 de la Ley. Esta norma, según el registrador, es imperativa, pues de la misma deriva un derecho inderogable del accionista a hacerse representar en la junta por estos apoderados generales comprendidos en la misma. La DGRN no resolvió esta cuestión, sino que se limitó a señalar cómo la cláusula estatutaria que expresamente exige poder especial para la celebración de junta universal no tiene por qué salvar expresamente la vigencia del artículo 108 de la LSA. Aunque, a la vista del criterio sostenido en la resolución de 25 de septiembre de 1997, parece que también se inclina por considerar imperativa la norma en cuanto a esta cuestión de la dispensa de la necesidad de apoderamiento especial.

Al respecto, lo primero que hay que dejar claro es que **en absoluto es el artículo 108 una norma de interpretación del alcance de los correspondientes poderes**, en el sentido de que por virtud de la misma se deba entender que todo poder a favor de cónyuge, ascendiente o descendiente o a favor de un apoderado con facultades de administración de todo el patrimonio que el poderdante tuviere en territorio nacional debe entenderse que comprende, por imperativo legal, la facultad de asistir a cualesquiera juntas generales de sociedades anónimas de las que el poderdante pudiese ser accionista. Así, hay quien [ARANGUREN URRIZA (9), CA-

(9) "Los órganos de la Sociedad Limitada", en VVAA *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996, pp. 1095 y 1096.

BANAS TREJO (10)] apela a esta norma del artículo 108 para entender que el acto de asistencia y voto en una junta general de SA es un acto calificable como de administración y no de disposición, precisamente porque esta norma dispone que la exigencia de poder especial no es aplicable al poder general de administración de todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional, para luego señalar cómo hay acuerdos sociales que sí pueden hacer tránsito a un acto de disposición, en cuyo caso sí sería necesario poder expreso.

En realidad, como digo, no se trata de una norma sobre interpretación de poderes que haya de situarse al mismo nivel que los artículos 1.712 y 1.713 del Código civil, **sino de una norma propia del régimen orgánico de la SA, motivada por razones de tipo estrictamente societario**, como ya hemos visto. En la interpretación de cada poder habrá que estar, evidentemente, a la voluntad del poderdante y al contenido concreto que éste haya dado al mismo. Por el hecho de que el apoderado sea cónyuge del poderdante, por ejemplo, no se debe hacer una interpretación más amplia de un poder para entender comprendido en el mismo, en un posible caso de duda, la facultad de asistir y votar en juntas generales de sociedades anónimas. **El contenido normativo del precepto del artículo 108 se limita a levantar la prohibición de apoderamientos generales para asistir a juntas generales en los casos en que concurren determinadas circunstancias en el apoderado, pero en cualquier caso, para entender que estos apoderados tienen esta facultad deberá estar comprendida en el contenido del poder, interpretado éste según las normas generales del derecho de la representación, la facultad de asistir a juntas generales de sociedades o de esta SA en concreto.**

51

(10) "Comentario al art. 49 LSRL" en VVAA *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1995, pp. 285 y 286.

Aclarado esto, ¿tiene carácter imperativo la excepción de estos supuestos de la necesidad de apoderamiento especial para cada junta? Pues bien, pienso que esta manera de plantear la cuestión es errónea: lo que habría que plantearse más bien, como ya hemos hecho, es la imperatividad o disponibilidad de las normas de los artículos 106 y 107. Son éstas las normas que establecen unas exigencias especiales —como derogación singular del régimen general de la representación voluntaria— para que pueda ser reconocida como válida la intervención de un representante en la junta general, y ello con la pretensión de alcanzar un determinado objetivo de derecho societario, que nada tiene que ver con la problemática del apoderamiento voluntario y la protección del poderdante frente al abuso de facultades por parte del apoderado. Exigencias que, simplemente, se limita a dispensar para unos supuestos en que no parecen necesarias el artículo 108. Difícilmente se puede entender dentro de la dialéctica imperativo-dispositivo una norma que se limita a dispensar de una norma imperativa en unos casos concretos.

Y esta dispensa que, efectivamente, como decía el registrador calificador en los supuestos de las citadas resoluciones de 7 de febrero de 1996 y 5 de marzo de 1997, facilita el funcionamiento de las sociedades (pero no necesariamente de las “familiares”) evitando tener que acudir en todo caso, al poder especial, no parece que dé lugar, sin embargo, a un “derecho inderogable estatutariamente”, como defendía también aquél, como si al amparo de esa norma naciera un derecho subjetivo intangible a hacerse representar mediante apoderados generales en esos casos del artículo 108. Por el contrario, el artículo 106 de la Ley establece un mínimo imperativo para el apoderamiento: forma escrita y poder especial para cada junta salvo en los casos del artículo 108, pero ello no impide que los estatutos se muestren más rigurosos para evitar causas de impugnación de los acuerdos sociales y exijan, por ejemplo, el apoderamiento en escritura

pública, o exijan, pretendiendo en este caso quizá sí proteger el interés particular de los accionistas, el apoderamiento especial para toda clase de juntas aun en los casos del artículo 108, como una medida preventiva en evitación de posibles abusos por parte de esa clase de apoderados.

Lo que sucede es que en este último caso el cauce para una prevención de este tipo en protección del interés particular de los accionistas posibles poderdantes es el propio documento de poder que otorgue en su caso el accionista y no tanto los estatutos sociales. Ahora bien, ¿choca con el orden público patrimonial privado, del que forma parte como instrumento de facilitación del ejercicio de la autonomía de la voluntad el instituto de la representación, el que convencionalmente en unos estatutos sociales, que se pretenden vinculantes no sólo para los accionistas actuales sino también para los futuros adquirentes de las acciones, se realice una renuncia preventiva a la posibilidad de hacerse representar en las juntas universales o en cualesquiera juntas por los apoderados generales del artículo 108 de la LSA, exigiendo para todo caso un poder especial otorgado con conocimiento de los asuntos a tratar en la junta en cuestión? No veo ningún argumento para entenderlo así una vez que se admite la idea de que la finalidad del artículo 108 no es establecer un derecho subjetivo mínimo del accionista a ejercitar sus derechos sociales a través de apoderados generales en esos casos en concreto.

El hecho, además, de que en la nueva SRL los supuestos de representación familiar ya no funcionan como excepciones a la exigencia de apoderamiento especial, puede confirmar el que la excepción del artículo 108 LSA no tiene carácter imperativo.

En cualquier caso, la cláusula estatutaria que exige el poder especial para celebrar la junta universal debería ser más clara en el sentido de pronunciarse expresamente sobre si se aplica también o no en los supuestos de este precepto, pues lo contrario sería dejar un portillo abierto a la fácil

aparición de un litigio, de lo que era consciente la propia DGRN cuando admitió la inscribibilidad de la cláusula.

Pienso, por último, que todas estas observaciones son trasladables al problema análogo que puede suscitar el artículo 49.3 LSRL en cuanto permite los poderes generales en documento público: esta norma dispensa la regla general que exige el poder especial para cada junta, pero no parece que deba entenderse como imperativa en el sentido de que los estatutos no puedan exigir el poder especial en todo caso cualquiera que sea la forma del poder.

APUNTES SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA SRL (*)

PEDRO ANTONIO LUCENA GONZÁLEZ

Notario

*Profesor Asociado de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

55

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** Grupo normativo. **II.** La libertad, una cuestión de equilibrios. **II.1.** *Artículo 1.255 C.c. versus artículo 12 LSRL.* **II.2.** *Autonomía versus heteronomía de organización.* **III.** A favor de estatutos-tipo. **IV.** Delimitación del objeto del presente estudio. DISPOSICIONES. GENERALES Y CONSTITUCIÓN. **1.** La presente SRL queda sujeta a la siguiente condición suspensiva/condición resolutoria: ingreso de España en la moneda única europea... **2.** Los fundadores otorgan al presente otorgamiento (nombramiento de

(*) Publicado en el libro *Jornadas de Derecho de Sociedades*, Málaga, 14, 15 y 16 de mayo de 1997. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada, 1998.

administrador o liquidadores, determinada condición del contrato) carácter estrictamente escriturario, no estatutario... **3.** La sociedad tiene por objeto la prestación de servicios jurídicos... **4.** La sociedad fija su domicilio en Marrakech, calle Kashba, 47... **5.** Las juntas de la sociedad se celebrarán en Casablanca (Marruecos)... **6.** Los estatutos establecen distintos domicilios, atribuyendo a la junta general la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria... **APORTACIONES SOCIALES.** **7.** Los fundadores se reservan determinados derechos especiales de contenido económico... **8.** Se establecen prestaciones accesorias dinerarias... **9.** Los socios que no asistan a la junta que acuerde un aumento de capital con aportaciones no dinerarias, quedan exentos de la responsabilidad prevista en el artículo 21.1... **PARTICIPACIONES SOCIALES.** **10.** A los efectos del artículo 29, se entiende por valor real de las participaciones el que determine el auditor que corresponda atendiendo a su valor contable... **11.** La autorización para la transmisión de participaciones será concedida, en su caso, por el órgano de administración... **12.** La autorización para la transmisión de participaciones será concedida discrecionalmente por la junta... **13.** La transmisión de participaciones sociales deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil... **14.** El régimen de transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de las participaciones sociales, previsto en el artículo 29, se activará con la mera manifestación por el titular de las participaciones de su propósito de venderlas, aunque todavía no haya encontrado un adquirente... dicha mera manifestación tendrá el carácter de oferta irrevocable durante tres meses... **15.** Hay tres clases de participaciones, A, B y C. Las de la clase A serán participaciones sin voto... Las de la clase B serán participaciones privilegiadas en cuanto al derecho al voto... Las de la clase C tendrán un valor nominal distinto al de las otras dos clases... **ÓRGANOS SOCIALES.** **16.** Los acuerdos sociales se adoptarán por carta... **17.** En segunda convocatoria... **18.**

Para que no opere excepción alguna al derecho de información se requiere solicitud del 30% del capital social... **19.** Voto dirimente del presidente de la junta... **20.** Los acuerdos en junta se adoptarán por mayoría exclusivamente de socios... **21.** El titular de varias participaciones podrá votar en un sentido respecto de unas y en otro distinto respecto de las restantes... **22.** La junta, general o universal, se podrá constituir sin la presencia del administrador de la sociedad... **23.** El acta de la junta podrá ser aprobada en la siguiente sesión... **24.** Quedan estatutariamente dispensados los administradores de la legal prohibición de competencia... asimismo queda autorizada con carácter general la prestación de servicios entre la sociedad y los administradores... se impone a los socios la prohibición de competencia... **25.** Los administradores, en el seno del consejo de administración, podrán asistir representados por un tercero, aun no miembro del consejo, siempre que sea socio... **26.** Régimen de organización y funcionamiento del consejo... **27.** Se pacta la cooptación... se pacta la designación de consejeros por el sistema de representación proporcional... **28.** Se requerirá la firma mancomunada y conjunta de los dos administradores solidarios cuando se trate de operaciones sociales cuya cuantía supere los 50 millones de pesetas... **29.** Los administradores podrán ser separados de su cargo por la junta, mediando justa causa... **MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.** **30.** Capital autorizado... **31.** Reducción de capital con la finalidad de constituir una reserva... **32.** Reducción de capital vía restitución de aportaciones tendente a la eliminación de un socio particularmente molesto... **CUENTAS ANUALES. TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN. SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS.** **33.** Se pacta en los estatutos la separación unilateral y sin causa de uno, varios o todos los socios... **34.** Se pacta la separación por causa de fusión o escisión de la sociedad... o por la cesión global del activo o pasivo de la sociedad... **35.** En caso de copropiedad, la legitimación para el ejercicio del derecho de separación corresponderá al representante desig-

nado por los copropietarios para el ejercicio de los derechos de socio... **36.** En caso de separación o exclusión, el reembolso del valor de las participaciones sociales se realizará en especie... **DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.** **37.** Se pacta como causa de disolución el fallecimiento de un socio determinado o de cualquiera de ellos... **38.** Se pacta como causa de disolución la denuncia unilateral de un socio o de varios... y el intento fallido de un socio de transmitir *ad incertam personam* sus participaciones... **39.** La quiebra de la sociedad determinará automáticamente su disolución... **40.** Quienes fueran administradores al tiempo de la disolución quedarán convertidos en liquidadores automáticamente... **41.** La reactivación de la sociedad disuelta no necesitará ser publicada en periódico alguno... **42.** En la hipótesis de pasivo sobrevenido, no se aplicará el artículo 123.2, sino que el régimen de responsabilidad será el previsto para la cesión global del activo y del pasivo en el artículo 117... **UNIPERSONALIDAD, DA, DT, DD Y DF.**

Introducción

I. Grupo normativo

Artículo 12.3 LSRL y artículo 175 RRM.

El artículo 175 RRM añade “...inscribibles...” lo que nos hace ver que no todo lo pactado, aun válido, es inscribible –del mismo modo que sólo los derechos con trascendencia real son inscribibles en el Registro de la Propiedad, sólo lo pactado que tiene contenido organizativo es inscribible en el Registro Mercantil– ÁVILA.

Pese a su tenor literal, el artículo 12.3 es aplicable, no sólo a la escritura, y por ende a los estatutos sociales, sino también a **los acuerdos sociales** que en el futuro se adopten, pues debe ser referido a toda la diversidad de cauces a través de los cuales se manifiesta la voluntad societaria.

“...que no se opongan a las leyes...” (*ídem* a 10 LSA), distinto del antiguo artículo 7.10 LSRL –“que no se opongan a lo dispuesto en *esta Ley*”– queriendo así resaltar la idea de ordenamiento jurídico prevista en el artículo 9 de la Constitución Española.

La autonomía de la voluntad constituye la regla general –no la excepción– en la SL; dada además la generosidad con que se le admite, tiene un enorme arraigo e importancia en la SL (ciertamente mayor que en la SA, la cual, pese a admitirla también como regla general en el artículo 10 LSA, cuenta “con reducido espacio para la autonomía de la voluntad”, *cfra.* EM LSRL). En el ordenamiento alemán, en cambio, el pacto es únicamente posible en los casos expresamente autorizados por la Ley.

La SRL, por lo demás, no es ni una pequeña anónima (de ahí que ya no tiene su regulación carácter supletorio) ni tampoco una sociedad colectiva de responsabilidad limitada. Es un *tertium genus*, con su propia configuración normativa, flexible sí pero no absolutamente dispositiva, de carácter híbrido –pues conviven en su seno elementos personalistas y capitalistas–, aunque no ambivalente (ello explica que no quepa desentenderse de la mayoría de capital y exigir sólo una mayoría de socios a la hora de adoptar acuerdos). La SRL es, en definitiva, una sociedad con sus propios **principios configuradores**, explicitados en parte en la EM al hablar del carácter híbrido y cerrado de la SRL, lo que *vg.* impide se pacte la transmisibilidad *ad nutum* de las participaciones o el acceso a la financiación pública –vía emisión de obligaciones o vía fundación sucesiva–.

En verdad, la sociedad limitada no es un tipo social reservado a la pequeña y mediana empresa. En efecto, pue-

de ser razonable que una pequeña o mediana empresa adopte forma anónima (prestigio, total apertura, cuasiunipersonalidad...); y también, que una gran empresa adopte forma limitada (carácter familiar...).

II. La libertad, una cuestión de equilibrios.

Artículo 10 CE –libre desarrollo de la personalidad sí, *pero* con respeto a la ley y a los derechos de los demás, *cfra.* artículo 14 CE–, artículo 1.255 C.c. –libertad de pactos en la negociación civil, *siempre que* no sean contrarios a la ley, moral u orden público–, artículo 38 CE –libertad de empresa, *pero* en el marco de una economía de mercado, de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación–. Libertad por tanto con los límites –delimitación– y por los cauces legalmente previstos.

60

II.I. Artículo 1.255 C.c. versus artículo 12 LSRL.

Es claro que los límites de la autonomía de la voluntad, en el campo de la negociación civil y en el Derecho de Sociedades, no pueden ser los mismos –o, si se prefiere, aun siendo los mismos, no pueden jugar de la misma manera ni estar lo mismo de desarrollados legalmente–. Resulta lógico, pues los supuestos implicados son diversos:

— Los contratos en principio sólo producen efectos entre las partes (art. 1.257 C.c.); en cambio, en materia de sociedades un gran número de los pactos sociales desarrollan su eficacia para con terceros, lo que abre un gran campo a la imperatividad, por protección a dichos terceros (vg. el régimen de representación y responsabilidad societaria, la tutela del capital en garantía de terceros, la exigencia de autorización previa para el desarrollo de ciertas actividades sociales –transporte de personas–).

— Todavía, la actividad societaria tiene una proyección en el tiempo –está prevista su duración indefinida– de la que

carece la actividad simplemente negocial. Se hace pues necesaria la tutela de la minoría frente a la mayoría (derechos concedidos a la minoría, *vg.* 55.1), de los administradores frente a la sociedad (*vg.* retribución, 66), de la mayoría frente a la minoría (*vg.* no cabe exigir la unanimidad, 53.3), del socio frente a la sociedad (*vg.* derecho de separación indelegable en determinados supuestos, 95.1) y en general de todos los implicados.

II.2. *Autonomía versus heteronomía de organización.*

En materia de organización mercantil, por razones de seguridad, no parece deba admitirse una total libertad de organización –autoorganización–, ni a nivel general (no al *numerus apertus societario*, frente a lo que aparentemente resulta del artículo 121 C.com. –*cfra.* R. 28/6/1985–, artículo 122 C.com. y 22 CE) ni a nivel particular (pues deben siempre ser respetados, entre otros, los principios configuradores de la SRL).

La SRL, un tipo entre otros tipos sociales mercantiles... cooperativas, sociedades laborales, AIE... CONVENIENCIA DE UNA LEY GENERAL DE SOCIEDADES, que fije de forma clara y precisa las diferencias entre los distintos tipos sociales –particularmente entre la SA y la SRL–, impulse la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria (habrá por ejemplo que plantearse si procede o no crear una sociedad del tipo “en comandita por participaciones”), mediante una renovada y amplia regulación de las mismas, y al tiempo realice una actividad de “aggiornamento” –si se considera llegado el momento– de cuestiones tales como la necesidad o no de finalidad lucrativa en la sociedad mercantil, admisión explícita de la fundación empresa, etc. (diviértase que los principios configuradores de los diversos tipos mercantiles son ciertamente esenciales, pero no inmutables).

—Hay diferencias claras y plenamente justificadas entre la SA y la SRL (convocatoria de juntas, valoración de aportaciones, nombramientos indefinidos). Otras diferencias, en cam-

bio, no aparecen tan justificables y acaso sean sólo fruto del avance de la doctrina y la experiencia acumulada desde 1989 hasta 1995: A) Artículo 65 LSA frente a 24.1 –*vid.* no obstante 29.2–: “*Salvo disposición contraria de los Estatutos*, la transmisión de acciones con prestaciones accesorias requerirá autorización...”; B) 45.5 versus artículo 101.1 LSA –el juez al convocar la junta designa presidente... y secretario de la misma en la SRL–; C) 71.1 versus artículo 144.1.c LSA –en la SRL no es necesario hacer constar en la convocatoria que los socios tienen derecho a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta–; D) 88.2 versus artículo 227 LSA –cuando se transforma una SA, el balance cerrado el día anterior al del acuerdo hay que acompañarlo a la escritura de transformación, pero no tiene por qué aprobarlo la junta–; E) Artículo 9.c LSA versus 14.2 –la duración de la sociedad no es mención necesaria de los estatutos *en la SRL*–; F) 118.1 versus artículo 275 LSA –sólo en SRL ha de someterse a la junta un informe sobre todas las operaciones de liquidación realizadas–...

Todavía, por si acaso fuesen pocas las “incoherencias” mencionadas, todas ellas –según lo visto– de carácter externo, hay que sumar a las mismas otras incoherencias de carácter interno –al tipo social SRL–, explicables –aunque no justificables– única y exclusivamente por no valorar suficientemente el legislador la necesidad de claridad y sencillez en el sistema. Así, *en general*, el sistema de responsabilidad de los liquidadores en la SL (*cfra.* 114 y por remisión vía 69.1 el artículo 133 LSA, “*diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal*”) se aleja del previsto en el artículo 279 LSA (“*fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo*”). Además, *ad exceptionem*, 123.2 establece una responsabilidad de los liquidadores (“*en caso de dolo o culpa*”) que difiere del régimen legal de responsabilidad de los liquidadores en la SRL. Cabe al menos preguntarse si todo este cruce de responsabilidades era estrictamente necesario... máxime cuando, en nuestra opinión, tratándose de te-

mas “menores” es en principio preferible una justicia segura –en el sentido de clara y precisa y por ende fácilmente cognoscible– a una justicia justa, de la misma manera que en tales circunstancias es asimismo preferible una justicia rápida a una justicia justa... suponiendo que una justicia incierta y/o tardía pueda ser justicia.

— Pero también compite la *SRL con la sociedad colectiva* y las cuentas en participación, poco usadas en la práctica cotidiana por poco conocidas y reguladas y acaso también por falta de un adecuado estatuto laboral y fiscal, amén de por la competencia desleal de ese *monstruum* denominado comunidades de bienes de carácter mercantil, surgidas al socaire de la voracidad fiscal. Cabe preguntarse: ¿Es realmente razonable que se constituya una SL con 500.000 ptas. y a continuación se funcione en el tráfico regularmente con avales de los socios y de sus cónyuges, quienes previamente pactaron entre sí capitulaciones matrimoniales de separación de bienes? ¿No hay en multitud de las sociedades limitadas que diariamente se constituyen un único socio gestor/administrador y otros de carácter puramente inversor? Cabe aventurar que con la futura Ley General de Sociedades, la SRL entrará también, de forma efectiva, en competencia con la sociedad colectiva, la comanditaria –tipo social por lo demás muy frecuente en otros países de nuestro entorno, como Alemania– y acaso también con las cuentas en participación.

63

III. A favor de estatutos-tipo.

Idem a Ley de Arrendamientos Rústicos y práctica societaria en el Reino Unido, con opciones variables entre las que necesariamente habría que escoger –mediante una “x” o haciendo referencia en la escritura al número de la opción escogida–:

— Estandarización basada en la autoridad, no en el *imperium* (sistema voluntario, no obligatorio; a salvo el principio de calificación registral).

—No en contra, sino a favor de la creatividad... “querida” y “bien diferenciada”. En cualquier caso, la opción actual es en la práctica de peor resultado que la propuesta, pues en multitud de ocasiones los constituyentes ni siquiera conocen las opciones básicas entre las que escoger.

IV. Delimitación del objeto del presente estudio.

Pretendemos, en el presente trabajo, ocuparnos sólo de algunos de los pactos estatutarios, preferentemente frecuentes, de *dudosa* admisibilidad:

— UN ELENCO DE PACTOS CLARAMENTE ADMISIBLES: atribución de competencia a la junta para acordar la creación, supresión o traslado de sucursales, fijación de una fecha de inicio de las operaciones sociales posterior a la de la escritura, fijación de un plazo de duración de la sociedad, previsión de la pérdida de la condición de socio por el incumplimiento de la obligación de prestaciones accesorias por causa involuntaria, limitación de la transmisión voluntaria de las participaciones entre socios o en favor del cónyuge, prohibición de transmisión de participaciones durante los cinco primeros años, derecho preferente de adquisición de las participaciones del socio fallecido por los socios sobrevivientes, atribución al usufructuario-acreedor prendario del ejercicio de todos los derechos de socio, previsión contraria a la posibilidad de que la junta pueda impartir instrucciones al órgano de administración, o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones determinadas, régimen de convocatoria sustitutivo del legal, establecimiento de un lugar de celebración de la junta distinto al término municipal del domicilio social, designación de los integrantes de la mesa de la junta, participaciones de voto plural, exigencia de la condición de socio para ser administrador, exclusión de la posibilidad de nombramiento de administradores suplentes, plazo determinado de duración del cargo de administrador, remuneración del cargo de administrador, atribu-

ción a la junta del acuerdo de cambio de domicilio dentro del mismo término municipal, previsiones de régimen distinto para las participaciones no asumidas en el ejercicio del derecho de asunción preferente, distribución de dividendos no en proporción a la participación en el capital social, exclusión del derecho de examen de la contabilidad, fijación de un plazo que los liquidadores ejerzan su cargo, régimen de representación de los liquidadores distinto al individual, cuotas de liquidación en función de un criterio distinto al de proporción en el capital social...

— Un ELENCO DE PACTOS CLARAMENTE NULOS: las participaciones quedan incorporadas a títulos negociables; aportación de trabajo; sometimiento a arbitraje de “todas” las controversias que puedan surgir entre la sociedad y los socios o entre éstos (han de dejarse a salvo en todo caso la impugnación de los acuerdos sociales, 70, si bien la última jurisprudencia tiende a admitir el arbitraje aun para este supuesto); en general, los pactos contrarios a los artículos 1 a 10 –Disposiciones Generales–, 11 a 17 –Constitución de la Sociedad–, 26, 27 y 28, 31, 39 a 42 –Adquisición de las propias participaciones–, 51, 52, 54, 55, 56, 71 a 83 –Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital social–, 87 a 94 –Transformación, fusión y escisión–, etc.

65

Disposiciones generales y constitución

1. La presente SRL queda sujeta a la siguiente condición suspensiva/condición resolutoria: ingreso de España en la moneda única europea...

Lo mismo que es posible sujetar la sociedad a término final (*cfra.* art. 104.1.a LSRL), es también posible sujetarla a término inicial o a condición suspensiva, en cuyo caso la inscripción en el Registro Mercantil quedará diferida al cumplimiento del plazo o de la condición (BOLÁS); es también

posible sujetarla a condición resolutoria (art. 104.1.g LSRL, sin que dicha causa resolutoria opere ni pueda siquiera pactarse que opere de pleno derecho –otra cosa es que, a semejanza de fusión, *cfra.* artículo 235.d LSA se pueda señalar, a los efectos internos que procedan, *cfra.* artículo 241 RRM en relación al artículo 122 LSA, que la disolución se entiende operada *ipso iure*–).

2. Los fundadores otorgan al presente otorgamiento (nombramiento de administrador o liquidadores, determinada condición del contrato) carácter estrictamente escriturario, no estatutario...

66

Las partes no pueden con su calificación alterar la naturaleza de las cosas: dentro de la escritura, todo lo que aparece intentado de futuro, se quiera o no, tiene contenido estatutario (*normalmente* de carácter general y estable), y por ende sujeto a la modificación estatutaria. Sólo dentro de lo legalmente previsto, no de otra forma, podrá reforzarse la posición inicial de los fundadores (causa de superación estatutariamente pactada, reforzamiento de mayorías necesarias para adopción de determinados acuerdos o participaciones de voto plural...).

Pese a que los estatutos forman parte de la escritura (13.2), puede hablarse de estatutos versus escritura *stricto sensu* (16.1.e).

En consecuencia, si se hubieran designado liquidadores determinados individuos en los estatutos (110.1), ciertamente podrán ser éstos removidos por un acuerdo de la junta que acuerde la disolución de la sociedad –o de otra posterior–, eso sí, *con sujeción a los requisitos y mayorías exigidos para las modificaciones estatutarias*.

3. La sociedad tiene por objeto la prestación de servicios jurídicos...

Sólo la mediación, nunca la prestación directa de servicios reservados legalmente a una determinada categoría de profesionales, puede ser objeto de una mercantil, "ya que la persona jurídica *per se*, como ente abstracto, no puede realizar directamente esta clase de prestaciones" (res. DGRN 23/4/93 –arquitectos, médicos, abogados...). Auguramos que esto en el futuro cambiará: *ídem* a teoría del órgano, e incluso de la representación, en sus orígenes –se trata de un simple fenómeno de imputación de actividad–...

4. La sociedad fija su domicilio en Marrakech, calle Kashba, 47...

No vemos ningún obstáculo para que una sociedad que tenga su principal establecimiento/explotación, y también el centro de su efectiva administración y dirección, en Marruecos (explotaciones frutícolas de valencianos y murcianos en Marruecos), fije su domicilio en España; entonces, lo quiera o no, será sociedad española. Por el contrario, si fija su domicilio en Marruecos, no gozará entonces de la nacionalidad española. Queda a salvo lo previsto en convenios internacionales en los que España sea parte (*cfra.* 72.2 –obsérvese, en cualquier caso, que este artículo se refiere sólo al "cambio" de domicilio–).

5. Las juntas de la sociedad se celebrarán en Casablanca (Marruecos)...

DOMICILIO, LUGAR previsto para la celebración de las juntas generales (46.4 y 47; parece que sólo por acuerdo de junta universal –48.2– nunca por disposición estatutaria es posible fijar un lugar en el extranjero para la celebración de juntas, BOLÁS) y LOCAL concreto donde dentro del término

municipal han de tener lugar las reuniones de la junta pueden no coincidir: sólo el domicilio es mención obligatoria en los estatutos. Parece que si los estatutos prevén un local concreto, dicho local, dentro siempre del mismo término municipal (pues no parece posible que los estatutos atribuyan al órgano de administración la facultad de fijar en la convocatoria el término municipal en que ha de reunirse la junta), podrá ser trasladado a otro por simple acuerdo del órgano de administración (CABANAS TREJO, 8.2 y 72).

6. Los estatutos establecen distintos domicilios, atribuyendo a la junta general la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria...

68

“Nada obsta a que los estatutos dispongan que el cambio del domicilio –*dentro del mismo término municipal*, se decía entonces– no implica modificación de la escritura social, pudiendo ser acordado en junta con sujeción al régimen que los propios estatutos establezcan para la adopción de los acuerdos ordinarios” (R. 9/3/94; hoy, 53.3)... Hoy en día, acaso quepa escapar a la mayoría cualificada del artículo 53.2.a por argumentación –*¿a fortiori?*– ex artículo 72.1 y remisión analógica al artículo 57.2... siempre *que en los estatutos queden ab initio fijados los posibles domicilios que alternativamente podrán resultar en cada momento de la sociedad*.

La opción alternativa, aun no prevista expresamente en la Ley, puede plantearse también para otros casos:

A) Es dudoso si, pese al artículo 186.1 RRM, los estatutos podrán determinar “varios” diarios –pero siempre de forma concreta y siempre que su número no sea excesivo–, sean o no de los de mayor circulación, dejando en libertad a los administradores para elegir uno de ellos (46.2, CABANAS TREJO); entendemos que el presente pacto sólo será admisible en tanto se especifique que para determinados acuer-

dos será necesaria la publicación en determinado diario y para el resto de acuerdos será necesaria la publicación en otro diario igualmente determinado.

Tampoco parece admisible que se prevean alternativamente los dos sistemas de convocatoria –anuncio en diario o comunicación individual y escrita–, dejando *al arbitrio* del órgano convocante el sistema concreto a elegir en cada caso. Entendemos que si se opta por la fórmula alternativa, deberán los estatutos concretar los supuestos en que debe seguirse una u otra forma de convocatoria (BOLÁS); por ejemplo, la convocatoria sólo se hará por anuncio en determinado periódico cuando el número de socios exceda de diez.

B) Es discutible si, pese a 60 –que exige fijar en los estatutos la duración del cargo de administrador, que en otro caso será indefinido– es válida la cláusula estatutaria por la que se prevea el carácter indefinido del nombramiento, salvo que la junta, al nombrar al administrador de que se trate, decida fijarle un plazo concreto (a favor, BOLÁS).

69

C) En cambio, parece que el sistema de retribución debe quedar necesariamente fijado en los estatutos (66.1), sin que quepa conceder a la junta general la facultad de elegir en cada ejercicio –sin previa modificación estatutaria– entre varios sistemas pactados en los estatutos (R. 20/3/91).

Aportaciones sociales

7. Los fundadores se reservan determinados derechos especiales de contenido económico...

Probablemente no quepa pactarlos en la SRL *en el sentido que la expresión se emplea en sede de SA*, pues no hay límites precisos fijados como el artículo 11 LSA (CABANAS TREJO, *cfra.* R. 29/11/1956). Ahora bien, no se entiende muy

bien por qué puede haber participaciones privilegiadas –también en materia económica como el dividendo– y no privilegios concedidos directamente a determinados socios (así vg. estimamos que es posible disponer en los estatutos que determinadas participaciones de voto preferente sólo serán tales en tanto resulte titular de las mismas determinado socio o socios...), a semejanza de lo que ocurre con las prestaciones accesorias –podrían aplicarse, por analogía, los límites del 66.2–.

En cualquier caso, nada empuja a que la junta pueda conceder a los fundadores, en un momento posterior a la constitución de la sociedad, determinadas ventajas o remuneraciones –por sus conocimientos, dedicación prestada...– (TS 28/5/85).

70

Lo que de todos modos resulta innegable es que sí caben participaciones desiguales (5.1), por “privilegiadas” (en voto, dividendo –prior o plus, vg. reparto de dividendos por cabezas– o cuota de liquidación, 53.4, 85.1 y 119.1; no en derecho a nombramiento proporcional de administradores... ni en derecho de preferencia, 75.1 –art. 18 Ley 1953, por contra, permitía que en la escritura social se estableciera que *en caso de aumento de capital el socio tendría derecho a asumir una parte no proporcional a su participación social*; en base a dicho artículo cabe interpretar que la R. de 1 de octubre de 1993 admitió la atribución de un derecho de adquisición preferente en favor sólo de los titulares comprendidos dentro de cada grupo–, pese a la libertad de regulación estatutaria que en este punto parece propugnar el 29.2 –¿cabe sujetar a limitaciones de transmisión sólo a determinadas participaciones?– y pese a no resultar tampoco muy coherente con 85.1 y 119.1, aunque sí con 79.2) o por “llevar anejas prestaciones accesorias”.

8. Se establecen prestaciones accesorias dinerarias...

Parece que son admisibles, tanto retribuidas –crédito o préstamo a la sociedad– como no, sin que quepa considerarlas ni aportaciones de capital ni primas de emisión (en contra, Derecho alemán e italiano, sobre la base de que debe tratarse de una prestación *personal* del socio, no al alcance de cualquiera). Otras prestaciones más corrientes: avalar a la sociedad, abstenerse de realizar actividades empresariales competitivas. A salvo siempre sus posibles connotaciones laborales (posible calificación como contrato de trabajo de un encargo reiteradamente realizado por cuenta de la sociedad) o fiscales (consideración de donación, rectius incremento de patrimonio social, de la aportación realizada en favor de la sociedad).

9. Los socios que no asistan a la junta que acuerde un aumento de capital con aportaciones no dinerarias, quedan exentos de la responsabilidad prevista en el artículo 21.1...

71

Nulo, por atentar contra el régimen de garantías frente a terceros de la integridad del capital; cosa distinta es que dicho artículo 21.1 ofrezca muy poca garantía a los terceros... cuando se trate de una sociedad unipersonal.

De igual modo, sería nula:

a) La exigencia estatutaria de que el ejercicio de la acción de responsabilidad por los administradores o por los liquidadores requerirá, con carácter previo, un acuerdo de junta (aún más, no les exime de responsabilidad derivada de su falta de actuación el acuerdo de la junta contrario a la exigencia de responsabilidad –acuerdo en cualquier caso impugnabile por lesionar los intereses de la sociedad–).

b) Condicionar estatutariamente la responsabilidad a la existencia de intención o culpa en los responsables (pues parece que la responsabilidad derivada del artículo 21.1 es objetiva –FERNÁNDEZ NOVOA– y predicable del valor de los

bienes aportados al tiempo de otorgar la escritura constitutiva o de aumento de capital, no al tiempo de adopción del acuerdo ni tampoco al tiempo en que se ejercite la acción).

Participaciones sociales

10. A los efectos del artículo 29, se entiende por valor real de las participaciones el que determine el auditor que corresponda atendiendo a su valor contable...

R. 20/8/93. *A simile*, la R. 23/11/92 afirma que el desequilibrio patrimonial que produce la reducción de capital por pérdidas tiene que ser real y no meramente contable, en el sentido de que si existen plusvalías reales no trasladadas al balance no se produce el supuesto de hecho de la reducción –*idem* cabe entender respecto de la causa de disolución 104.1.e–.

72

11. La autorización para la transmisión de participaciones será concedida, en su caso, por el órgano de administración...

La cuestión es meridianamente clara en el supuesto excepcional de transmisión de participaciones con prestación accesorio (24.2, que no debe considerarse obstáculo a la competencia en cualquier caso al efecto de la junta general –este artículo, por lo demás, es de muy dudosa aplicación cuando la prestación accesorio del titular cuya participación se transmite ha sido ya cumplida con anterioridad y no es susceptible de ser repetida en el tiempo–).

En los demás casos, pensamos que también es posible privar a la junta de su competencia en favor del órgano de administración (pese al argumento *inclusio unius, exclusio alterius* ex 24.2), pues el artículo 29.2.b es supletorio y no entra el supuesto dentro de las prohibiciones del 30, aparte la

posible remisión analógica en este punto al artículo 63.3 LSA. La cuestión es de extrema importancia y no meramente técnica, *cfra.* 52.1.

12. La autorización para la transmisión de participaciones será concedida discrecionalmente por la junta...

29.2.c, a diferencia del artículo 63.3 LSA, no exige que consten en los estatutos las causas que permiten denegar la autorización (lo único que exige es que, caso de denegar la autorización, la sociedad comunique al transmitente la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones –parece que los estatutos pueden excluir la preferencia de los socios concurrentes para la adquisición, máxime si se admite que siquiera sea excepcionalmente, para el supuesto del 24.2, la autorización corresponderá darla no a la junta sino al órgano de administración–).

73

13. La transmisión de participaciones sociales deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil...

Es discutible si conforme al 26, se requiere (BOLÁS, arg. 1.280.6 C.c. –debe constar en documento público la cesión de derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública, 1.219, 1.230 C.c. y 119 C.c.–) o no (CANO RICO) escritura pública para la transmisión de las participaciones sociales... a salvo siempre otros documentos públicos distintos, como los judiciales y en su caso los administrativos. Supuesto que no, aún sería discutible la validez y eficacia de la restricción estatutaria de las vías de transmisión (entiendo que sería cuestión no de validez sino de –limitada– eficacia del pacto, de la misma manera que, caso de exigirse estatutariamente la constancia escrituraria de la contratación del socio único con la sociedad, entiendo que dicha cláusula estatutaria debería tener algún efecto, *cfra.* 128.1). A nuestro

juicio, el tenor literal del pacto estatutario en este punto debería ser el siguiente: “La transmisión de participaciones sociales deberá constar en documento público; en consecuencia, no será válida la transmisión mediante póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio” (*cfra.* arts. 93 y entre otros 652 –fletamento– o 737 C.com. –seguro marítimo–).

Desde luego, no es viable el pacto estatutario que impone la inscripción en el RM de la transmisión de participaciones (*numerus clausus* R. 28/12/90; otra cosa es que excepcionalmente la inscripción no sea obligada sino potestativa, art. 94.5 RRM).

74 14. El régimen de transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de las participaciones sociales, previsto en el artículo 29, se activará con la mera manifestación por el titular de las participaciones de su propósito de venderlas, aunque todavía no haya encontrado un adquirente... dicha mera manifestación tendrá el carácter de oferta irrevocable durante tres meses...

La cláusula desatiende las cualidades personales del adquirente (por ello, convendría mejor pactar un derecho de separación generoso, 95) y por ende impide comunicar la identidad del adquirente (29.2.a). De todos modos, parece que la cláusula sería válida, siempre que se establezca un plazo “corto” (de lo contrario se burlaría la prohibición 30.1) de libertad de venta en caso de consentir la enajenación.

Parece que *ex lege* –en general– hay vinculación del proponente al propósito manifestado de transmitir (29.2.e), por lo que, caso de que la sociedad le comunique la identidad de socios o terceros interesados en adquirir las participaciones, el socio en cuestión vendrá obligado a la transmisión. Otra cosa es que su cónyuge no consienta la transmisión (no art. 1.384 C.c.; analogía 597 C.c.), que el copartícipe ejerza un retracto de comuneros (art. 1.522 C.c.) o que el socio en cuestión revoque su oferta antes de haberle sido comunica-

da su aceptación (*rectius*, la comunicación por la sociedad de la identidad de los adquirentes). Atención, pues, para evitar sorpresas inesperadas (52.1, no parece que el socio transmitente pueda, siquiera proporcionalmente, ejercitar preferencia alguna a la hora de denegar la junta la autorización a la transmisión, con lo que el control podría pasar al antiguo socio minoritario).

15. Hay tres clases de participaciones, A, B y C. Las de la clase A serán participaciones sin voto... Las de la clase B serán participaciones privilegiadas en cuanto al derecho al voto... Las de la clase C tendrán un valor nominal distinto al de las otras dos clases...

No parece se admita la existencia de participaciones de distinto valor nominal ni tampoco las clases y/o series de participaciones (5.1; además, el art. 184.2 RRM impone una numeración correlativa “general” –desarrollando así la exigencia de numeración correlativa prevista en 13.e–, a fines exclusivamente de identificación –vg. un mismo socio resulta titular de participaciones, parte de las cuales llevan vinculadas prestaciones accesorias y otras no–).

Por si lo dicho fuera poco, así resulta expresamente de la argumentación del portavoz del GPS, el senador Galán Pérez, a la hora de fundamentar el rechazo en la sesión de Justicia del Senado, del día 15 de febrero de 1995, de la enmienda 52 del Grupo Parlamentario Popular: la nueva LSRL no recoge la posibilidad de que las participaciones sean de diferente valor, ni que se agrupen en series, ya que “las series se aplican a documentos o títulos destinados a la circulación en masa –acciones, letras de cambio, billetes de banco, lotería, etc.– como sistema de control, por lo que es injustificado que las participaciones con derechos especiales se agrupen en series numeradas”.

En cualquier caso, razones de peso postulan la no admisión de las participaciones sin voto, pese a que caben en la

dicción literal del 53.4 (el art. 184.2.1.º RRM en este punto no resulta concluyente, si bien ciertamente parece negar la posibilidad de participaciones con porcentaje de voto inferior a la unidad). Dichas razones son las siguientes:

A) El carácter esencialmente cerrado de la SL (lo que lleva a la imposibilidad de acudir al ahorro público vía fundación sucesiva, emisión de obligaciones o aumento de capital ex artículo 160 LSA/LMV –mediante ofrecimiento público de las participaciones–).

B) La falta de regulación positiva de la figura –a diferencia del artículo 90 LSA, difícilmente aplicable por analogía–.

C) El desajuste que provocaría su admisión al ponerse en relación con otros preceptos (¿estarían exoneradas de responsabilidad en caso de aumento de capital tratándose de aportaciones no dinerarias –*cfra.* 21.1–?, ¿darían derecho a entablar la acción de responsabilidad ex art. 21.3?).

D) Razones de orden meramente práctico. ¿Para qué forzar esquemas a fin de lograr algo que puede lograrse a través de la participación de voto plural (no admisible –con relativa certeza– en sede de sociedades anónimas, *cfra.* artículo 50.2 LSA, pese a que dispone el art. 105 LSA)?

Rechazada la posibilidad de participaciones sin voto, por coherencia lógica, entendemos inadmisibles las siguientes cláusulas estatutarias: a) Exigir un número determinado de participaciones para votar (lo que ciertamente no va contra el tenor literal de 49.1); b) Limitar el número de votos a emitir por un mismo socio; c) Condicionar el derecho de voto a cierta antigüedad como socio; d) Suspender a los titulares de determinadas participaciones del derecho de voto durante determinados ejercicios...

Pensamos que *vg.* en lugar de establecerse que determi-

nadas participaciones den derecho a un voto doble o triple, cabe pactar que serán las participaciones de un determinado socio las que disfrutarán de tal privilegio.

Órganos sociales

16. Los acuerdos sociales se adoptarán por carta...

No es posible prever la adopción de acuerdos sociales sin junta (por escrito, vía fax, telegrama o carta...; el artículo 100 RRM, que prevé la adopción de acuerdos por correo o cualquier otro medio que garantice su autenticidad, está pensado para otro tipo de sociedades, no para la SRL) –sí en el consejo–. Tampoco parece posible prever la emisión de votos por escrito por socios que no asistan a la junta ni se hayan hecho representar (49.3; pese al art. 100 RRM que es general).

77

17. En segunda convocatoria...

No se admite (art. 186.2 RRM).

18. Para que no opere excepción alguna al derecho de información se requiere solicitud del 30% del capital social...

Los estatutos pueden reducir, pero nunca aumentar, el porcentaje legalmente previsto en 51 (R. 27/6/77). Otro tanto cabe decir respecto de 45.3. Diviértase por lo demás que, como gran novedad, en la nueva Ley los votos que forman las mayorías no se calculan en atención al porcentaje que representan en relación con el capital social, sino en atención al porcentaje que representan en relación con el total número de votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital (*cfra.* 53).

En consecuencia, hoy en día cabe que los socios minoritarios en relación al capital, sean mayoritarios respecto del

voto, y a la inversa, que socios mayoritarios en relación al capital sean minoritarios respecto del voto. Pues bien, la nueva Ley parece no tutelar suficientemente ese nuevo tipo de minoría que ella misma ha creado. En efecto, ¿estarán por ejemplo los administradores obligados a requerir la presencia de notario en la junta cuando así lo soliciten socios que no representen el 5% del capital social, pero tengan el diez por ciento de los votos?; parece que sólo será así cuando así se haya establecido estatutariamente... Lo mismo cabe decir en general respecto de los demás supuestos en los que el derecho de la minoría está condicionado a la titularidad de determinado porcentaje en el capital social, vg. respecto de la exigencia de convocatoria de la junta —45.3—.

19. Voto dirimente del presidente de la junta...

78

Caso de ser socio (vg. los administradores, caso de ser parte de la mesa, no tienen por qué serlo), en la junta es posible pactarlo, dada la admisibilidad de las participaciones de voto plural (R. 13/1/84); hay, sin embargo, algunos pronunciamientos —que no compartimos— en contra (STS 5/11/90; la R. 5/11/56 argumenta en base a la prohibición de las acciones de voto plural —art. 50.2 LSA— y a la imposibilidad de configurar la decisión presidencial como decisión arbitral, pues, “aun admitida ésta como posible, nunca cabría confiarla a persona interesada”).

Desde luego, lo que no cabe es el sometimiento a decisión arbitral (R. 27/4/89). Una buena forma de evitar en ocasiones tener que llegar al voto dirimente del presidente podría ser la previsión estatutaria, para el caso de empate, de opción por la mayoría relativa de socios en los grupos iguales de votos en los que se haya escindido la junta (R. 17/7/56).

Por lo demás, la admisión del voto dirimente del presidente en el seno del consejo no presenta dudas.

20. Los acuerdos en junta se adoptarán por mayoría exclusivamente de socios...

No se admite (EM y 53.3); sin embargo, curiosamente, parece que debe admitirse la posibilidad de pactar la distribución de dividendos por cabezas (85). En cualquier caso, no cabe exigir unanimidad o cuasiunanimidad, salvo excepciones *legalmente* –no creo que “estatutariamente”, pese a que puede discutirse si 71,1 puede en algún supuesto excepcional pactado contrapesar 53.3– establecidas (30.3, 79.2 versus art. 164.3 LSA, 81.4, 74.1, 96, 98.2, 119.2).

21. El titular de varias participaciones podrá votar en un sentido respecto de unas y en otro distinto respecto de las restantes...

Pese a su carácter acumulable (posibilidad de ser titular de varias participaciones a la vez), no parece admisible que quien sea titular de varias participaciones pueda ejercitar en sentido diferente los derechos de unas y otras (aunque sí su transmisión, usufructo o prenda), ni siquiera por pacto estatutario (de ahí que la representación haya de comprender la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado, 49.3).

22. La junta, general o universal, se podrá constituir sin la presencia del administrador de la sociedad...

Así es por Ley (43.1). La presencia de los administradores en la junta puede que sea obligada (analogía art. 104.2 LSA), pero nunca necesaria (50, convocatoria judicial –45.5–). Otra cosa es que, a falta del libro registro de socios (que custodia el administrador), no pueda estarse totalmente seguro de que la junta ciertamente está válidamente constituida (*cfra.* art. 102.1.2.^a y 3.^a RRM)... lo mismo que puede ocurrir en una junta convocada judicialmente o a la que simplemente inasiste por enfermedad el administrador.

23. El acta de la junta podrá ser aprobada en la siguiente sesión...

No es posible, cabiendo sólo entonces su ratificación como nuevo acuerdo (por lo demás, no se entiende en qué consiste la aprobación por el presidente y dos socios interventores, uno en representación de la *mayoría* y otro de la *minoría*).

Claro está que el acta, para ser ejecutiva, no necesita haber sido pasada al libro de actas (54.3).

24. Quedan estatutariamente dispensados los administradores de la legal prohibición de competencia... asimismo queda autorizada con carácter general la prestación de servicios entre la sociedad y los administradores... se impone a los socios la prohibición de competencia...

80

Si bien es cierto que todo lo que es susceptible de pacto estatutario puede ser objeto de acuerdo de la junta general, en cambio, no todo lo que es susceptible de acuerdo de la junta es susceptible de tratamiento estatutario (BOLÁS). Tal ocurre en el caso presente.

La dispensa "estatutaria" a los administradores –sean o no socios– de la prohibición de competencia (65.1) sería nula, pues parece que la ley exige autorización *ad hoc* –no general– y *en junta*. Otro tanto cabe decir respecto a la prestación de servicios (67), asistencia financiera a socios y administradores (10), la supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital (76) o la previsión de ineficacia parcial del aumento de capital incompleto (77).

Nada impide que la escritura haga extensible la prohibición de concurrencia a todos, algunos o uno de los socios, cuyo incumplimiento puede determinar su exclusión y responsabilidad (arts. 137 y 136.2 C.com.).

25. Los administradores, en el seno del consejo de administración, podrán asistir representados por un tercero, aun no miembro del consejo, siempre que sea socio...

El artículo 97.1.4 RRM exige que la representación lo sea por otro miembro del consejo. Entendemos que esta exigencia es ilegal, máxime una vez que la propia EM de la ley reconoce que en la SRL también hay problema de defensa de minorías –aun cuando no se haya llegado al extremo de reconocer el derecho de representación proporcional en el consejo–.

26. Régimen de organización y funcionamiento del consejo...

Comprende las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría; es de inexcusable constancia en los estatutos (57.1).

81

Convocatoria.

a) Autor: el presidente o en su defecto el vicepresidente (art. 140 LSA por analogía), sin que parezca necesario que los estatutos lo digan expresamente; no parece que pueda encomendarse la convocatoria a terceros, aunque sí a uno o varios consejeros delegados al efecto.

b) Orden del día: no es precisa su fijación (R. 19/4/91).

c) Lugar de la reunión. Posiblemente, habrá que aplicar la misma regla que para las juntas generales (47).

Distribución de cargos en su seno. La lleva a cabo el propio consejo, salvo que los estatutos dispongan otra cosa (art. 141.1 LSA por analogía).

Quórum. Aunque no hay regla explícita similar al artículo 139 LSA (necesidad de que concurran a la reunión la mi-

tad más uno de sus miembros –*rectius*, de los consejeros, pues el secretario puede ser miembro no consejero, art. 109.1.a RRM–), dicha exigencia se puede deducir del 45.4 y en cualquier caso *ad cautelam* se puede imponer estatutariamente.

No parece necesaria la presencia del secretario, sea o no consejero, para la validez de la reunión.

Adopción de acuerdos. En ningún lado se dice que los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta –incluye votos nulos, en blanco y abstenciones, frente a 53.1– de los consejeros concurrentes a la sesión (art. 140.1 LSA). Son los estatutos quienes han de prever este extremo.

Debe admitirse el pacto estatutario de atribución de voto dirimente al presidente (R. 5 de septiembre de 56).

Aunque ahora no lo prevé expresamente la ley, no vemos óbice, aun sin pacto estatutario, a la votación por escrito y sin sesión cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento (analogía art. 140.2 LSA).

82

27. Se pacta la cooptación... se pacta la designación de consejeros por el sistema de representación proporcional...

No cabe, pues su nombramiento corresponde en exclusiva a la junta (58.1), cumpliendo los requisitos generales para la adopción de acuerdos, aunque ciertamente en ningún lado se prohíbe expresamente que *estatutariamente* se pacte un sistema de representación proporcional (EM), si bien acaso un pacto tal podría considerarse que impide el libre juego de la ilimitada facultad de separación del 68.1 (ya que el derecho de representación proporcional supone una verdadera excepción al principio general de mayorías –53–, BOLÁS).

Lo que sí que cabe es la posibilidad de conceder un voto preferente para la designación de un número determinado de consejeros, siempre que no se configure de manera claramente atentatoria contra los derechos de la minoría (BOLÁS).

28. Se requerirá la firma mancomunada y conjunta de los dos administradores solidarios cuando se trate de operaciones sociales cuya cuantía supere los 50 millones de pesetas...

Para su inscripción, se requiere precisar que la limitación tiene alcance meramente interno (62.2.b y R. 2/12/92).

Precisamente para prevenir –a los propios administradores– de posibles limitaciones internas y también a efectos de aclaración del objeto social, es conveniente repasar, si existe, la enumeración en los estatutos de las facultades del órgano de administración, facultades éstas que ciertamente no son inscribibles (art. 185.6 RRM).

29. Los administradores podrán ser separados de su cargo por la junta, mediando justa causa...

83

La revocación de su nombramiento siempre es libre, no tiene que fundarse en causa alguna (TS 31/5/57). Aún más, ni siquiera cabe condicionar su revocación a la previa instrucción de expediente (TS 20/11/67).

Modificación de estatutos

30. Capital autorizado...

Parece inaplicable a la SRL la posibilidad de que la junta delegue en el órgano de administración la facultad de acordar el aumento del capital social –hasta una cifra determinada– en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan (*cfra.* art. 153.b LSA; 71, en cambio, establece que *cualquier* modificación de los estatutos es competencia exclusiva de la junta).

En cambio, parece que cabe la posibilidad de delegar en los administradores la fecha en que el acuerdo de aumento

de capital –ya adoptado por la junta– debe llevarse a efecto en la cifra acordada, fijando condiciones meramente accidentales del mismo.

31. Reducción de capital con la finalidad de constituir una reserva...

La finalidad de la reducción de capital, dice 79.1 (caben otras finalidades, vg. adquisición de la sociedad de participaciones propias –40.1.b– y exclusión/separación de socios –102–), es o la restitución de aportaciones (no cabe la condonación de dividendos pasivos en la SRL) o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio contable de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas... El silencio legal parece excluir la posibilidad de reducir capital para dotación de reservas –legal o voluntaria– (CABANAS TREJO), si bien es de admitir que nada impide en sede de principios esta operación *siempre que se respete a los acreedores* –dotación de reserva indisponible o reconocimiento de derecho de oposición si lo prevén los estatutos–.

84

32. Reducción de capital vía restitución de aportaciones tendente a la eliminación de un socio particularmente molesto...

En sede de SRL, no es posible sin su consentimiento (79.2 y 83.1 –de cualquier forma, para operación acordeón no se exige que la sociedad tenga previamente pérdidas–); en cambio, en sede de SA, es técnicamente posible (art. 164.3 LSA), a salvo siempre la posible impugnación del acuerdo... *si lesiona los intereses sociales.*

Cuentas anuales

Nada parece obstar a la admisión de la distribución de cantidades a cuenta de dividendos (analogía art. 216 LSA).

85 admite pacto estatutario sobre distribución de dividendos –prior, plus...–. Ahora bien, los estatutos no pueden eliminar el derecho *del socio o de la minoría* a la distribución de dividendos, por cuanto que el derecho al dividendo es un derecho mínimo del socio (BOLÁS)... a menos que estatutariamente se establezca que todo socio tiene derecho a separarse de la sociedad si ésta no reparte dividendos en determinado plazo (analogía 30.3).

El artículo 87 del anteproyecto, que no llegó a convertirse en ley, establecía que toda sociedad limitada estaba obligada a distribuir como dividendos un tercio al menos de los beneficios si antes de la aprobación de las cuentas lo solicitaban socios que representaran el 5% del capital social... Nada que objetar al pacto estatutario que reconozca este derecho al dividendo mínimo.

85

Transformación, fusión y escisión

Campo prácticamente cerrado al pacto estatutario.

Separación y exclusión de socios

33. Se pacta en los estatutos la separación unilateral y sin causa de uno, varios o todos los socios...

Puede admitirse, sin necesidad de causa más o menos grave (arg. art. 225 C.com.: El socio que *por su voluntad se separase* de la compañía o promoviera su disolución –*cfra.* art. 1.705 C.c. y art. 15.1 Ley 12/1991, AIE– no podrá impedir que se concluyan del modo más conveniente a los in-

tereses comunes las negociaciones pendientes...), al menos cuando se ha pactado asimismo en los estatutos la prohibición absoluta de transmisión voluntaria *inter vivos* de las participaciones sociales (30.3).

5.1 no parece deba ser obstáculo al reconocimiento estatutario de determinados privilegios *–extra legem–* no a determinadas participaciones *–ob rem–*, sino a determinados sujetos *en tanto resulten ser socios* (privilegios concedidos “directamente” a determinados socios, a semejanza de lo que ocurre con las prestaciones accesorias *–cfra. 22.1–*).

34. Se pacta la separación por causa de fusión o escisión de la sociedad... o por la cesión global del activo o pasivo de la sociedad...

86 Causa sin duda admisible, e incluso reiterativa... en cuanto de la fusión/escisión en cuestión resulte una sustitución del objeto social (95.a).

Lo mismo cabe decir respecto de la cesión global del activo y pasivo de la sociedad acordada tendente no a la extinción sino a la continuación de la sociedad –la sociedad cedente pretende continuar su actividad con la contraprestación recibida a cambio de la cesión de su patrimonio–. Por lo demás, la cesión tendente a la extinción de la sociedad (*rectius*, dentro del proceso liquidatorio), que es la única regulada por 117 –sin tener que acudirse ya por analogía a las normas de la fusión, *cfra. R. 21/10/89–*, es competencia *indelegable* de la junta y en ningún caso supone un caso de extinción sin liquidación –sólo ocurre que ciertas operaciones liquidatorias se obvian–.

35. En caso de copropiedad, la legitimación para el ejercicio del derecho de separación corresponderá al representante designado por los copropietarios para el ejercicio de los derechos de socio...

Es dudoso, si nada se dice al respecto en los estatutos, si el derecho de separación está incluido (CABANAS TREJO) o no (URÍA) en el poder conferido al representante común. Si se pacta, entendemos que ciertamente estará incluido... sin perjuicio de que en la relación interna representante/representados sea exigible un acuerdo unánime de los copropietarios –a salvo el oportuno poder– (analogía 36.2).

36. En caso de separación o exclusión, el reembolso del valor de las participaciones sociales se realizará en especie...

No hay duda que así puede pactarse en los estatutos, y ello con independencia de que los socios a quienes se les reconozca tal *derecho* –que no obligación– hayan realizado o no aportaciones no dinerarias (analogía 119.3, piénsese en una sociedad constructora o promotora inmobiliaria); en este caso, no parece necesaria consignación de tipo alguno (pese a 121.c; diviértase que la denominada en 101 *consignación bancaria* no es verdadera consignación –por cierto, que la sociedad no tiene ni siquiera aquí obligación de comunicar *ab initio* al socio cuál sea la entidad en que se ha formalizado la consignación–, como tampoco lo es la arrendaticia o la que evita el embargo de bienes).

Lo que no parece posible es que por simple acuerdo social –sin previa previsión estatutaria–, sin el consentimiento del separado/excluido, pueda sustituirse el pago en metálico (101) por pago en especie (arg. analogía 119.2).

Disolución y liquidación

37. Se pacta como causa de disolución el fallecimiento de un socio determinado o de cualquiera de ellos...

Posible, a diferencia de en la SA. Normalmente, sin embargo, bastará con restringir la transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales, mediante un derecho de adquisición preferente en favor de los demás socios o de la sociedad.

38. Se pacta como causa de disolución la denuncia unilateral de un socio o de varios... y el intento fallido de un socio de transmitir *ad incertam personam* sus participaciones...

88 Frente a los artículos 224 y 225 C.com., debe advertirse que la admisión de esta causa estatutaria dejaría sin contenido el reconocimiento legal –e inderogable– de la posibilidad de disolver la sociedad mediante acuerdo de la junta (104.1.b). Lo procedente en estos casos es pactar una causa de separación *ad nutum*, nunca de disolución.

Por idéntico motivo, tampoco cabe admitir la disolución de la sociedad por encontrarse “aprisionado” determinado socio dentro de la sociedad.

39. La quiebra de la sociedad determinará automáticamente su disolución...

Está previsto legalmente que la quiebra de la sociedad no determine automáticamente su disolución sino que sólo determinará su disolución cuando así lo acuerde la junta general o en su defecto el juez (104.2 y 105.1)... “*si lo estiman oportuno*”... pues no parece que, siempre que haya quiebra, la junta y por su falta el juez, venga obligada a acordar la disolución de la sociedad –a diferencia de lo que

ocurre en todos los demás supuestos de 105.1-. Argumentos: a) La expresión de 104.2 “*cuando se acuerde...*” no puede entenderse como una mera reiteración de 105.1 –que en este punto difiere sustancialmente del art. 262.1 LSA–; b) La causa 104.2 no puede ser una especie del genus 104.1.e; y c) La disolución por quiebra no puede ser óbice al posible convenio de la pieza primera de la quiebra –el cual además de por el deudor puede ser instado por cualquiera de los acreedores, *cfra.* arts. 1.322 y 1.390 LEC, quienes en su caso podrán impugnar el acuerdo de declaración de disolución social de la junta ex artículo 115.1 LSA, aplicable vía 56 (por la misma razón, caso de procederse a la disolución y liquidación de la sociedad en quiebra, se aplicarán con preferencia las normas que rigen el procedimiento de la quiebra sobre las previstas en la LSRL).

No es pues posible otorgar carácter automático a la disolución de la sociedad en caso de quiebra. No en vano la quiebra no termina necesariamente con la extinción de la sociedad quebrada.

89

40. Quienes fueran administradores al tiempo de la disolución quedarán convertidos en liquidadores automáticamente...

Parece que debe sostenerse la tesis de la conversión automática *ex lege* de los administradores en liquidadores –parece que “solidarios”, salvo disposición contraria de los estatutos, 112.1, *incluso aunque se tratara de administradores mancomunados o consejo de administración*–, ateniéndonos al tenor literal de 110.1; no obstante, puede también sostenerse que es necesaria la aceptación de los administradores del cargo de liquidadores, justo al tiempo –y no antes– de su conversión (no compartimos esta tesis pues nos parece violenta la analogía con la situación de los administradores/liquidadores suplentes, 59.1, particularmente a la vista del artículo 147.2.2.º y 3.º RRM –se requiere aquí la aceptación

tanto del cargo de suplente como posteriormente del cargo de administrador-).

La previsión estatutaria al efecto, en consecuencia, entendemos que sería innecesaria por redundante. Por el contrario, en el caso de los administradores –o liquidadores– “suplentes” podría tener juego e importancia (59.1)... si es que se considera no contraria a Ley (*cfra.* art. 141.2 RRM).

41. La reactivación de la sociedad disuelta no necesitará ser publicada en periódico alguno...

Pese a que 106.3 concede a los acreedores sociales un derecho de oposición a la reactivación en las mismas condiciones y efectos que los previstos en la ley para el caso de fusión (*cfra.* particularmente art. 242 LSA, que exige la publicación del acuerdo de fusión por tres veces en el BORME y en dos periódicos), lo cierto y verdad es que el artículo 242.2 RRM, inexplicablemente, parece no exigir la acreditación de dichas publicaciones a la hora de inscribir el acuerdo de reactivación (242.2.2.º ha de ponerse única y exclusivamente en conexión con el derecho de separación, *cfra.* 97.1). Puesto que el reglamento no puede ser interpretado *contra legem*, entendemos que el reglamento lo único que hace es prescindir de exigir a la hora de inscribir la acreditación de las publicaciones previstas en el artículo 242 LSA –aplicable a la SL vía 94.1– (lo mismo que puede entenderse respecto a la publicidad del acuerdo de disolución prevista para la SA en el art. 263 LSA, *cfra.* art. 240 RRM)... No podrá, en consecuencia, pactarse estatutariamente que no serán necesarias las publicaciones previstas en el artículo 242 LSA.

42. En la hipótesis de pasivo sobrevenido, no se aplicará el artículo 123.2, sino que el régimen de responsabilidad será el previsto para la cesión global del activo y del pasivo en el artículo 117....

Por razonable que pueda resultar el sistema de responsabilidad previsto por el legislador para el caso de cesión global del activo y del pasivo (derecho de oposición de los acreedores, previsto además en 8.a –garantía estatutaria para la restitución de aportaciones–), dado el carácter imperativo de las normas relativas a la responsabilidad, no parece quepa acudir a ningún procedimiento que libere a los socios –y en su caso a los liquidadores– de su responsabilidad solidaria por las deudas sociales no satisfechas, hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación (BOLÁS).

Unipersonalidad, DA, DT, DD y DF

No son objeto de nuestro estudio, por ser tema específico de otras conferencias.

LA DEONTOLOGÍA NOTARIAL EN RELACIÓN CON LOS CLIENTES, EN RELACIÓN CON LOS COMPAÑEROS Y EN RELACIÓN CON EL ESTADO

93

HONORIO ROMERO HERRERO

Notario

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DEONTOLOGÍA NOTARIAL EN RELACIÓN CON LOS CLIENTES. 2.1. El notario como profesional del Derecho. Su formación jurídica. 2.1.1. *Colaboración del notario en la preparación de la oposición.* 2.1.2. *Prácticas del opositor aprobado hasta la toma de posesión.* 2.1.3. *Formación permanente del notario. Aspectos individuales. Aspectos corporativos. Colegios Notariales. Relaciones intercolegiales. Junta de Decanos. Oposición entre notarios.* 2.2. Asesoramiento a los clientes. 2.3. El control de legalidad.

(*) Publicado en XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires (Argentina), 1998, Ponencias del notariado español, Tema III, Consejo General del Notariado, 1998.

2.3.1. Manifestaciones del control de legalidad notarial. **2.3.2.** La vecindad civil y el régimen económico matrimonial. **2.3.3.** En Derecho sucesorio. **2.3.4.** Calificación notarial de la suficiencia de los poderes. **2.3.5.** El problema de las cargas. **2.4.** Redacción y autorización del documento. **2.5.** Organización del despacho notarial. **2.5.1.** La macronotaría. **2.5.2.** Incidencia de los convenios en la atención personalizada de la notaría. **2.6.** El secreto profesional del notario. **2.6.1.** Auxiliares del notario. **2.7.** Cobro justo de honorarios. **2.7.1.** Dispensas totales o parciales de honorarios impuestas por la Ley. **2.7.2.** Control de la aplicación arancelaria. **2.7.3.** Sistema de jura de cuentas. **2.7.4.** Sanciones disciplinarias. **2.7.5.** Incidencia de la morosidad en el ejercicio profesional. **2.8.** La gestión de documentos. **2.9.** Integración del notario en la sociedad. **2.9.1.** La residencia y el arraigo como elementos positivos de integración del notario en la sociedad. **2.9.2.** La conducta pública y privada del notario. **2.9.3.** Proyección exterior del Notariado. **3.** LA DEONTOLOGÍA NOTARIAL EN RELACIÓN CON LOS COMPAÑEROS. **3.1.** Necesidad de fomentar el compañerismo y la solidaridad entre todos los notarios. **3.2.** La libre elección de notario. **3.3.** El respeto a la competencia territorial. **3.4.** El turno de reparto de documentos. **3.5.** El compañerismo y la solidaridad en relación con:
a) Los notarios recién aprobados hasta la toma de posesión de su primera notaría. **b)** Los notarios de entrada. **3.6.** Participación en los órganos corporativos. **3.7.** Aspectos concretos. **a)** Publicidad no permitida. **b)** Captación de empleados. **c)** Relaciones entre compañeros en relación a clientes, documentos y cuestiones técnicas. **4.** LA DEONTOLOGÍA NOTARIAL EN RELACIÓN CON EL ESTADO. **4.1.** Imparcialidad. **4.2.** Veracidad. **4.3.** Ejercicio personal de la fe pública. **4.4.** Colaboración con las autoridades tributarias. **4.5.** Otras manifestaciones de la deontología notarial en relación con el Estado. **a)** Necesidad de reformas legislativas apreciadas desde el ejercicio de la función notarial. **b)** Colaboración en materia de reforma arancelaria. **c)** Colaboración en materia

de demarcación notarial. **5.** EFICACIA DE LOS PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS NOTARIALES. **5.1.** Sistema seguido en España para la defensa de los principios deontológicos. **5.2.** Observancia de los principios deontológicos. **6.** CONCLUSIONES. Primera.—Lealtad, dignidad e integridad. Segunda.—Formación permanente. Tercera.—Relaciones con los clientes. Cuarta.—Relaciones entre compañeros. Quinta.—Relaciones con el Estado.

1. Introducción

El Notariado en cuanto profesión implica vocación, es decir, dedicación y servicio a la sociedad. La vocación notarial marcada por la idea de servicio a la comunidad se realiza a través de los aspectos esenciales de nuestra profesión: asesoramiento, labor cautelar que como profesional del Derecho aconseja acerca de los medios lícitos para el fin que se propongan las partes, control de legalidad y dación de fe en el instrumento público. Esta actividad viene singularizada en la vocación notarial a través de la preparación profesional, dedicación y entrega apasionada en el desempeño de la profesión que permite que los particulares que soliciten su intervención obtengan de su prestación lo que en ella buscan: veracidad, firmeza de hecho, seguridad jurídica, independencia, justicia del acto. Pero ese servicio no puede agotarse en el limitado campo que enmarcan los contornos de nuestra actividad profesional. Antes bien, devolviendo a la sociedad lo que ésta nos ha procurado, debe colaborar activamente, según las peculiares aptitudes y la respectiva situación personal en el desarrollo de las diversas actividades culturales, sociales, de promoción humana, que su posición en la comunidad le permitan alcanzar.

Realiza de este modo el notario una auténtica función social cuya importancia descansa a medio camino entre el valor de los intereses que defiende y la necesidad de los que buscan su amparo. La realización de esta función social por parte del notario, lejos de configurarse como una obligación legal derivada de la naturaleza de la profesión, difícilmente mensurable en ese exclusivo aspecto, tiene su origen fundamentalmente en una obligación moral. Son tan importantes los intereses que la sociedad deposita en manos del notario, tan decisivos los asuntos que se ventilan en su despacho, que no puede responder dignamente a esta confianza sino con un grado máximo de moralidad.

96

La importancia que la moral tiene para la propia pervivencia de nuestra profesión se deduce claramente de las palabras de VALLET: "Si le faltara la ciencia, el Notariado podría funcionar más o menos imperfectamente. Pero sin moral, sin su buena fe, no será posible la función".

Para GONZÁLEZ PALOMINO, la deontología profesional no va dirigida a la técnica del funcionario, sino a su espíritu. Para aquellos, decía, que tengan por costumbre seguir los estímulos de su conciencia, bastará con hablar a su conciencia. Será ésta la que le diga cuál es en cada momento la conducta profesional digna y correcta pues no existe, como bien dice una moral notarial, «moral no hay más que una», y es una moral personal, individual, tamizada en su ejercicio por el quehacer profesional. Por ello, la deontología profesional poco interés puede tener para los que hayan amordazado la conciencia, y sólo escuchen su interés. Son quizás fieles transgresores del viejo adagio hegeliano que recoge el mismo autor: "Todo lo moral ha de ser posible, y todo lo posible ha de ser moral". Imaginemos, no es muy difícil, las repercusiones de semejante forma de pensar.

Como pone de manifiesto JUAN FRANCISCO DELGADO, la casi totalidad del Notariado cumple leal y honestamente con su profesión y continúan con su labor diaria y callada el modo de actuar que nos legaron nuestros antecesores. Sólo

una muy pequeña parte de nuestro colectivo profesional incumple, no sistemática pero sí continuamente, con los principios deontológicos, y también reglamentarios, que informan, que deben informar el ejercicio de la profesión de notario. Pero no nos engañemos, el ejemplo de unos pocos puede asimilarse por interesado mimetismo por los más cercanos y la excepción al cabo de los años convertirse en regla.

Por ello recuerda a todos lo que promoción tras promoción se incorporan al Notariado, que la raíz última del prestigio del notario se encuentra en el ejercicio de la fe pública, un poder no suyo sino del Estado que delega en él para su adecuado uso en servicio de la sociedad. El notario inmoral no sólo está defraudando la confianza del Estado sino lesionando el legítimo derecho de los demás notarios a que su profesión se ejercite, ya no sólo en las mismas condiciones de legítima competencia sino de altura moral.

97

Para ser un buen notario es necesario ser una buena persona y para ser un excelente notario es imprescindible ser una excelente persona. La moral personal, los valores éticos que cada uno tenga como persona son los que proyectará en el ejercicio de la profesión. Si uno en su escala personal de valores antepone la ambición material al buen hacer profesional y el interés al rigor por el trabajo bien hecho, no cabe duda que esta adulteración en sus valores morales la trasladará a su profesión de notario en todas y cada una de las manifestaciones posibles. Y así el ejercicio de la competencia desleal será preferente al estudio y al trabajo callado del despacho, y el egoísmo a la solidaridad.

Por ello en esta ponencia hago especial hincapié en la necesidad de que el notario para prestar adecuadamente la función encomendada, debe estar perfectamente preparado en el aspecto técnico-jurídico y tener asimilados los valores éticos y morales imprescindibles para el ejercicio correcto de la misma. De ahí mi insistencia, primero en la necesidad de colaboración del Notariado en la preparación de los opo-

sitores que con el tiempo serán nuestros compañeros y el ejemplo que les demos durante la etapa de preparación será el que les servirá de guía en su ejercicio profesional, y segundo el esfuerzo que día a día el Notariado y cada uno de sus miembros debemos hacer en el campo de la formación permanente; es imprescindible que estemos constantemente actualizados, por difícil que resulte, para prestar a nuestros clientes y a la sociedad en general, un servicio, una función, con la máxima cualificación profesional.

Para ejercer correctamente la función notarial, en sus manifestaciones de asesoramiento y control de legalidad, es imprescindible que el Notariado, todos y cada uno de los notarios, tengan un altísimo nivel técnico jurídico, que no basta con acreditarlo al superar la oposición sino que el día a día de la actividad profesional debe representar un permanente reto en la formación continuada.

98

La formación moral, los valores éticos de cada uno de los notarios son asimismo imprescindibles para que el ejercicio profesional redunde en beneficio de los clientes, de la sociedad y del Notariado en general, al que todos debemos contribuir y del que todos dependemos.

2. La deontología notarial en relación con los clientes

2.1. El notario como profesional del Derecho. Su formación jurídica.

La formación jurídica del notario es un tema de vital importancia que afecta incluso a la subsistencia misma del Notariado como institución. El notario es un profesional del Derecho que ejerce una función pública y es este doble carácter de profesional y funcionario el que ha marcado históricamente la institución notarial.

Como funcionario ejerce la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, da autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesional del Derecho tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

El notario es un funcionario público. Esta afirmación no ha sido admitida en el seno del Notariado de una forma clara. Recordemos las conclusiones del Congreso de Barcelona del año 1984 en sentido contrario. Hoy el tema parece más aceptado. Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial. Luego si el ejercicio de la fe pública es una función pública, que lo es, y esa función pública es ejercida por el Notariado, los notarios como integrantes del Notariado son los encargados de ejercer esa función, y por ello son funcionarios.

El notario, para ejercer correctamente la función pública encomendada debe ser un buen profesional del Derecho, de tal manera, que, a mejor preparación, cuanto más formado esté el notario en su ámbito profesional, mejor desempeñará la función a él atribuida.

La formación del notario, como dice JUAN FRANCISCO DELGADO, no es algo estrictamente personal sino que afecta a la Corporación Notarial ya que el mal ejemplo que un notario da por su incompetencia profesional, repercute en todos.

Y la formación jurídica de los notarios, como toda obra de la vida, requiere de unos buenos principios, de unas bases sólidas en las que se vayan asentando posteriormente los elementos complementarios de estudio, trabajo y honestidad profesional que permitan, en todo momento, reflexionar a todos y cada uno de nosotros sobre nuestra concien-

cia en la doble e inescindible condición de honestidad personal y competencia profesional, y que el resultado de esta reflexión sea una respuesta positiva en los dos ámbitos, un buen notario y una buena persona.

Y los principios, las bases sobre las que se asientan los aspectos éticos del Notariado deben inculcarse en el mismo momento en que un licenciado en Derecho asume la durísima tarea de enfrentarse al programa de la oposición, primero, y a los ejercicios, después.

2.1.1. Colaboración del notario en la preparación de la oposición.

100 Mi dedicación a la tarea de preparar opositores a notarías, con ocasionales ayudas a opositores a Registros y Judicaturas me ha proporcionado una visión de nuestra profesión, en su doble vertiente de honestidad personal y preparación técnica, que además de la satisfacción personal de ayuda a los demás en una etapa de la vida, la de la preparación de las oposiciones, en la que tanto necesitamos la asistencia personal y técnica del preparador (yo recuerdo con cariño y reconocimiento especial a mis preparadores, EPIFANIO LÓPEZ y FERNÁNDEZ DE GAMBOA, FERNANDO PÉREZ SAUQUILLO y ANTONIO URIBE SORRIBES), me ha reportado, como digo, el convencimiento de que es en la etapa de preparación cuando mayor calado tiene, en todos y cada uno de los opositores, el conocimiento de los principios éticos y deontológicos de nuestra profesión, de ese principio esencial de que para ser un buen notario es imprescindible ser una buena persona y de que para ser un excelente notario hay que ser una excelente persona.

De aquí mi insistencia en la necesidad de que el notario, desde el principio, sea depositario de valores ético-morales y conocimientos técnicos suficientes para iniciar su andadura profesional con total garantía para sus clientes, y en consecuencia para la sociedad en general, de tal forma que su

comportamiento ético y sus conocimientos técnicos contribuyan a la normalidad de su ejercicio profesional.

Y para conseguir esto es preciso que el Notariado dé respuesta a la demanda de los Licenciados en Derecho que quieren preparar oposiciones a notarías cuando se hacen una serie de preguntas: ¿quién me preparará?, ¿dónde?, ¿cómo?, ¿quién me proporciona los temas?, ¿cuánto hay que pagar?, ¿cuántas plazas se convocan, con qué periodicidad y cuántos opositores se presentan?, etc.

A estas preguntas el Notariado, en la medida de lo posible, viene dando respuesta y para ello todos y cada uno de los Colegios Notariales han organizado su propia academia de preparación. No se trata sólo de preparación de oposiciones, sino de preparación de futuros notarios, con su base científica y práctica imprescindible, pero inculcándoles el profundo sentido ético que es y debe seguir siendo el alma de la profesión.

101

El tema es esencial para la subsistencia misma del Notariado: la calidad humana y la preparación jurídica y práctica de los futuros notarios determinará la forma en que se cumple la función; y el cumplimiento de la función la supervivencia del cuerpo.

Por ello debemos concienciar a nuestros compañeros en la idea de lo esencial de la función de preparación de opositores y de que esa preparación pasa por la aportación personal abnegada de unos y la aportación pecuniaria generosa de todos.

Hoy en día la labor de preparación de opositores es una de las actividades más destacadas de los Colegios Notariales. Como decía, todos los Colegios tienen su propia academia, en unos casos totalmente independiente y en otros recibiendo el apoyo material del respectivo Colegio. Bastantes colegios, en especial los más jóvenes, participan y colaboran de forma esencial en la preparación.

Y en este punto es de destacar la cooperación entre todas las academias existentes en España. El origen de esta

colaboración se inició en Santiago de Compostela en marzo de 1992. Sin embargo, tras ocasionales reuniones en Madrid, fue en Guadalupe (Cáceres), los días 21 y 22 de junio de 1996, donde se creó la comisión nacional de coordinación de academias que es presidida de forma rotatoria, por el director de la academia en cuyo Colegio se celebran las oposiciones. Ahora ya hablamos del “espíritu de Guadalupe” como principio inspirador de una cordialísima y fecunda colaboración en aspectos generales referentes a principios rectores de organización así como cuestiones concretas, temas, dictámenes, etc.

Las conclusiones de Guadalupe fueron las siguientes:

1.^a Se constata la existencia de academias de preparación de opositores a notarías en todos y cada uno de los Colegios Notariales, de carácter no oficial y se destaca la conveniencia de su independencia orgánica y funcional del respectivo Colegio.

2.^a Es deseable la coordinación de las academias a través de sus órganos directivos. A tal efecto se crea la Comisión Nacional de Coordinación de Academias que será presidida, de forma rotatoria, por el director de la academia en cuyo Colegio se celebren las oposiciones.

3.^a Cada academia determina los criterios de su organización y funcionamiento. A tal efecto:

1. Es esencial interesar en las academias al mayor número posible de notarios que permitan transmitir a los opositores los conocimientos jurídicos y los valores éticos y profesionales que contribuyan a conservar, y en la medida de lo posible aumentar, el prestigio del Notariado.

2. Se encomienda la adopción de criterios objetivos y expresos para la admisión y permanencia de los opositores.

4.^a Tras examinar las ventajas e inconvenientes de que los preparadores puedan ser miembros del Tribunal, se recomienda por unanimidad esta posibilidad.

Estas reuniones han tenido continuidad en Sevilla los días 26 y 27 de septiembre de 1997, donde nos reunimos

con los notarios miembros de los Tribunales de las últimas oposiciones celebradas en Sevilla, intercambiando opiniones y criterios a fin de conocer sus impresiones y en base a ello, y a la experiencia de años con el actual sistema de oposiciones, se acordaron las siguientes conclusiones:

1.^a Se acuerda por unanimidad enviar una comunicación al próximo congreso notarial propugnando la modificación del Reglamento Notarial, en la normativa de oposiciones al título de notario, en los siguientes puntos:

a) Supresión de la reserva de nota.

b) Ampliación del tiempo de duración del segundo ejercicio oral a una hora y división de los temas de Derecho Mercantil y Legislación Hipotecaria en dos partes, de modo que se saque un tema de cada parte.

c) Establecer el plazo entre el segundo y tercer ejercicio en treinta días.

Se comisiona al notario de Zaragoza D. HONORIO ROMERO HERRERO para la redacción de la comunicación y para hacerla llegar al ponente correspondiente.

Si estas reformas fueran llevadas a efecto, sería conveniente realizar algunos retoques al programa de oposiciones para adecuarlo a lo establecido en el punto b).

2.^a Instar a los Colegios Notariales a la creación de escuelas de práctica notarial, obligatorias para los nuevos notarios.

3.^a Por unanimidad se realizan las siguientes sugerencias para los próximos Tribunales de Oposiciones al Título de Notario:

a) Acortar la duración de la oposición para lo que sería necesario el funcionamiento de tres tribunales.

b) Coordinación de los distintos tribunales en cuanto a mecánica y procedimiento de oposiciones; estableciéndose, previamente, a ser posible un calendario detallado del desarrollo de la oposición.

c) Plazo mínimo de un mes desde el sorteo hasta el comienzo de la oposición.

d) Sería deseable que se calificara el cuarto ejercicio y que su puntuación tuviera influencia en la colocación definitiva de los opositores.

e) No debe ser incompatible la cualidad de preparador con la de miembro de tribunales.

4.^a Reiterar la necesidad de un control estricto por parte de las academias, de tal modo que, únicamente se presenten a la oposición los alumnos que tengan un nivel mínimo aceptable.

5.^a Continuar la coordinación de academias, a través de la Federación, intercambiando dinámicamente información y material entre todas ellas.

6.^a Traspaso de la coordinación de la Federación de las Academias a la de Madrid, donde se van a celebrar las próximas oposiciones, realizándose un nuevo encuentro una vez finalizadas las mismas.

104 Y en base a estas conclusiones se envió al Congreso Notarial celebrado en Madrid los días 13, 14 y 15 de noviembre de 1997 la siguiente comunicación:

“Comunicación derivada de las conclusiones del II Encuentro de Academias de Preparación de Opositores a Notarías celebrado en Sevilla los días 26 y 27 de septiembre de 1997.”

En dicha reunión se acordó por unanimidad enviar una comunicación al próximo congreso notarial propugnando la modificación del Reglamento Notarial, en la normativa de oposiciones al título de notario, en los siguientes puntos:

1.º *Supresión de la reserva de nota.*—Todos los coordinadores de las academias y los miembros de los tribunales con quienes se han intercambiado opiniones al respecto, se manifestaron en sentido contrario a la reserva de nota por los efectos perjudiciales que tiene al permitir la posibilidad de aprobar la oposición por fases sin tener una visión global de todo el temario y distorsionador a la hora de calificar el segundo ejercicio. La finalidad de humanizar la oposición no se consigue de esta forma.

2.º *Ampliación del tiempo de duración del segundo ejercicio oral a una hora y división de los temas de Derecho Mercantil y Legislación Hipotecaria en dos partes, de modo que se saque un tema de cada parte.*—La dificultad de desarrollar los correspondientes temas del segundo ejercicio en cuarenta y cinco minutos, dada la importancia y complejidad de los mismos es lo que aconseja su ampliación a una hora. Del mismo modo se resalta la conveniencia de dividir las materias de Derecho Mercantil y Legislación Hipotecaria en dos partes cada una a fin de exponer el opositor un tema de cada parte y así evitar la coincidencia de temas sobre la misma materia.

En este caso sería conveniente realizar algunos retoques al programa de oposiciones, para adecuarlo a lo dicho en este punto.

3.º *Establecer el plazo entre el segundo y tercer ejercicio en treinta días.*—El actual plazo máximo de ocho días entre ambos ejercicios resulta insuficiente. La formación teórica de los dos primeros ejercicios necesita del complemento del tercer ejercicio en el que los opositores amplían el Derecho estudiado analizando el aspecto práctico de instituciones que si no es con una enseñanza adecuada y específica no alcanzan a ver su verdadera dimensión. Esta reforma es imprescindible.

El Congreso en su conclusión sexta acogió estas sugerencias y aprobó:

“SEXTA.—El Congreso considera necesaria la modificación de las normas del Reglamento Notarial reguladoras de las oposiciones libres con el fin de suprimir la reserva de nota, ampliar el tiempo de duración del segundo ejercicio oral a una hora y dividir los temas de Derecho Mercantil y Legislación Hipotecaria en dos partes, de modo que se inscule un tema de cada parte, así como el establecimiento de un plazo de treinta días entre el segundo y el tercer ejercicio, y que este tercer ejercicio sea único para todos los opositores aunque haya dualidad de Tribunales.”

Con las transcripciones reflejadas y las reflexiones hechas quiero destacar el avance que el Notariado ha realizado en el aspecto de la preparación de opositores, de ayudar y formar a los que con el tiempo serán nuestros compañeros. Y para comprobar esta progresión basta con recordar el llamamiento que este ponente hacía en unas jornadas notariales celebradas en San Sebastián los días 13 y 14 de noviembre de 1992 y en el V Congreso Notarial celebrado en Granada los días 8 al 11 de octubre de 1993, sobre la necesidad de que todos los Colegios organizaran su propia academia en la que debían implicar al mayor número posible de notarios para colaborar en la preparación, y en la necesidad imperiosa de coordinación de todas las academias.

Y resaltar que tanto la organización de la mayoría de las academias como la coordinación de las mismas se hace fuera de los cauces oficiales, de los órganos representativos del Notariado. Si bien es justo reconocer el apoyo material y el estímulo que todas reciben de sus respectivos Colegios.

Destacar por último la reunión celebrada en Madrid el día 13 de marzo de 1998, en la sede de la academia, calle Columela, número 9, famosa y de gran prestigio entre todos los opositores. En dicha reunión continuamos la tarea de colaboración y aportación de ideas a fin de facilitar y mejorar la preparación de los opositores.

Para concluir este punto quiero hacer las siguientes observaciones:

1.^a La gran labor social del Notariado a través de la preparación de opositores. La sociedad prácticamente la desconoce y quizás aquí tengamos un punto en el que la imagen humana del Notariado quedaría fortalecida con la difusión de esta actividad. No es que se haga por esto, ni muchísimo menos, pero en una sociedad tan materializada como la nuestra pocos entienden que una labor tan sacrificada se haga por pura vocación y sin compensación económica alguna.

2.^a La preparación crea escuela y la escuela confiere unos valores y unos comportamientos éticos y profesionales que

se van transmitiendo de unos a otros, formando un colectivo notarial que entre todos tratamos de mejorar.

En la academia los opositores conocen a los preparadores que con el tiempo serán sus compañeros, y el ejemplo que éstos les den será el que les servirá de conducta en su profesión.

3.^a Los preparadores de los ejercicios orales, de ordinario suelen ser los notarios más jóvenes.

Ello sirve:

— Para que estén al día.

— Para que participen de una forma directa en la vida colegial a través de la preparación.

Todos nos quejamos, y con muchísima razón, que la mayoría de los compañeros no participan en la vida colegial, que a las reuniones del Colegio sólo van cuando hay que tratar algún asunto que afecta a sus intereses y que las actividades corporativas son muy escasas.

107

Pues bien, aquí tenemos un tema con el que “ilusionar” a los jóvenes y a todos aquellos que quieran colaborar, para intentar que a través de las academias se cree un ambiente más familiar en los Colegios, haya más reuniones, se reactive la vida colegial con la participación de la mayoría y seamos en definitiva un cuerpo activo para nuestro mejor servicio a la sociedad.

4.^a Es un hecho que la preparación es una cadena. Si un preparador pide a un compañero al que él ha preparado que colabore en la academia, con toda seguridad que lo hará. No hay nadie más satisfecho que un preparador cuando le aprueba un alumno; ni nadie más agradecido que el alumno aprobado con su preparador.

Con todo lo expuesto quiero dejar constancia del esfuerzo realizado por un importante número de notarios que extendidos por toda la geografía nacional dedican buena parte de su tiempo libre a ayudar en la preparación de la oposición a sus futuros compañeros, con pleno convencimiento de la necesidad de inculcar a estos notarios en ciernes los conocimien-

tos técnicos y los valores ético-morales necesarios para que una vez inicien su ejercicio profesional nos sintamos orgullosos de ellos y contribuyan a la paz y seguridad jurídica en la misma medida que el Notariado lo ha venido haciendo desde hace siglos.

2.1.2. Prácticas del opositor aprobado hasta la toma de posesión.

El opositor aprobado, con su flamante título de notario y en posesión de conocimientos teóricos y prácticos acumulados durante el tiempo de preparación, necesita, antes de tomar posesión de su primera notaría, aproximarse lo máximo posible al conocimiento y ejercicio de su profesión notarial, a practicar “el oficio de notario”. Ello es imprescindible para que su bautismo profesional sea lo más suave y sencillo posible.

108

De aquí la necesidad de hacer prácticas de los opositores aprobados. El Notariado ha entendido y entiende que estas prácticas son una continuación a la labor de preparación que hacen las academias y por ello en la actualidad se plantean en tres direcciones:

1.^a Las jornadas de tres días de duración que se iniciaron en El Escorial y han tenido continuidad en Toledo, Ávila y Sevilla, en las que los nuevos notarios, además de convivir y conocerse unos a otros, reciben enseñanzas de compañeros en activo y jubilados que contribuyen a acercarlos más al oficio notarial.

2.^a Las charlas que los Colegios Notariales organizan días antes de la toma de posesión a fin de poner en conocimiento de los nuevos notarios cuestiones prácticas de la profesión, en especial en comunidades autónomas con Derecho propio.

3.^a Las auténticas prácticas que las propias academias organizan adjudicando uno o dos opositores aprobados a notarios próximos a su lugar de residencia, de tal forma que

acompañan todos los días, durante dos meses, al titular a su despacho y se van familiarizando con las cuestiones prácticas de la profesión notarial.

Son prácticas no organizadas de forma oficial, como lo es la Escuela Judicial para los jueces, fiscales y secretarios judiciales, pero que cada vez con más acierto se organizan en las respectivas academias, teniendo en cuenta que estas prácticas las deben realizar los nuevos notarios con compañeros ya en ejercicio y con una notaría de volumen de trabajo similar al que se van a encontrar en su primer destino. Dos consideraciones más a este respecto:

— Los nuevos notarios destinados a comunidades autónomas con Derecho civil especial deben hacer las prácticas, por lo menos parte de ellas, en notarías de esa comunidad.

— No debe haber retribución a cargo del notario con el que hacen las prácticas, ya que éste no recibe nada, sino que aporta su experiencia y su despacho para que los nuevos adquieran los conocimientos necesarios.

109

2.1.3. Formación permanente del notario.

En este apartado distinguiré:

Aspectos individuales

El notario como profesional del Derecho debe estar al día en todas las materias legislativas, jurisprudenciales, resoluciones de la Dirección General y doctrina que afecten al ejercicio de su profesión.

Es cierto que el agobio permanente de la vida actual nos deja poco tiempo para el estudio, con lo que el trabajo diario no tiene más apoyo que el suministrado por la rutina y el sentido común. Pero también es cierto, que por este camino no hacemos más que avanzar a pasos agigantados hacia una deformación profesional y con ello al desprestigio de la institución notarial.

Independientemente de las dificultades de tiempo, soledad, familia y otras, el notario como profesional del Derecho tiene la obligación de estar bien preparado para así ejercer la función encomendada de tal manera que redunde en beneficio, y no en perjuicio de la sociedad. Pensemos por un momento el daño que podemos ocasionar a la persona que reclame nuestro asesoramiento si éste es erróneo; y esto relacionado con la responsabilidad civil del notario y que el apoyo corporativo tiene un límite, no puede ser injustificado.

Por ello es ESENCIAL que el notario tome conciencia de la NECESIDAD INELUDIBLE DE ESTUDIAR. No se puede ser un buen notario en el aspecto técnico sin estudiar.

Durante el período de preparación de la oposición el notario adquiere unos conocimientos teóricos y prácticos que constituyen la mejor reserva a la hora de ejercer su profesión. Sin embargo, las leyes estudiadas y los criterios de aplicación establecidos por las resoluciones de la Dirección General y la Jurisprudencia, así como los nuevos estudios de la doctrina, van cambiando cada día con mayor rapidez y afectan a más materias del Derecho.

Por ello en este punto quiero resaltar los siguientes aspectos:

1. Necesidad de conocer y estudiar todas las reformas legislativas.

En la práctica debemos reconocer la dificultad de estar al día teniendo en cuenta la cantidad de disposiciones emanadas del Parlamento Nacional, de los Parlamentos Autonómicos y la Legislación Comunitaria.

2. Estudio de la Jurisprudencia.

También en este punto incide la dictada por los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Autonomías.

3. Estar al día en el estudio de las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado.

Además complementado con el estudio de los comentarios de compañeros publicados en las distintas revistas.

4. Estudiar, o por lo menos “fichar” para cuando nos sean necesarios en los despachos, los trabajos publicados en las revistas especializadas.

En este sentido, destacar la *Revista Jurídica del Notariado*, *Boletín de Granada*, la *Notaría*, la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral*, *El Boletín de Registradores*, los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, *Lunes 4,30*, etc.

Aquí quiero destacar a las revistas como termómetro de la participación notarial. Casi siempre son los mismos compañeros los que escriben.

5. La labor de preparar opositores es muy importante.

Los alumnos te obligan a estar constantemente actualizado, por lo que la preparación no sirve únicamente al opositor sino que también contribuye a la formación del preparador.

6. Es necesario comprar libros actualizados, pero no para guardarlos en la estantería del despacho.

7. Asistir a conferencias y seminarios jurídicos.

111

Aspectos corporativos

Con lo anteriormente dicho ha quedado patente la dificultad que le supone al notario estar al día en Derecho común, foral, comunitario, jurisprudencia, resoluciones, estudios, etc., etc.

Si desde la soledad y el individualismo la tarea es casi imposible, debemos participar en las actividades corporativas para que con la aportación de todos podamos conseguir dominar, en la medida de lo posible, todo el entramado normativo que directamente afecta al ejercicio de nuestra profesión.

En este sentido quiero destacar cuatro puntos:

1) Colegios Notariales.

Debe ser objetivo prioritario de las Juntas Directivas la formación permanente de todos los notarios pertenecientes al Colegio.

Para ello:

1. Necesidad de concienciar a todos los compañeros de que el estudio es tan necesario como los clientes. Sin aquél, éstos estarán mal asesorados y con el tiempo ni estarán.

2. Las Juntas Directivas deben potenciar la existencia y actividades de la Comisión de Cultura, eligiendo para formar parte de la misma a los notarios más preparados y con más ganas de trabajar.

3. La Comisión de Cultura debe asumir, como mínimo, las siguientes funciones:

— Circular las normas jurídicas nuevas.

— Circular las resoluciones de la DGRN.

— Organizar un ciclo de conferencias anuales.

— Organizar una reunión mensual en la que se exponga por un colegiado un tema de actualidad y se planteen los casos prácticos de interés que surjan en el despacho.

Esta reunión o las conferencias, se podrían ocasionalmente celebrar en ciudades distintas a la sede del Colegio.

— Armonizar la práctica notarial.

— Asesorar los posibles recursos que quieran interponerse.

4. La Junta Directiva debe nombrar la persona encargada de la biblioteca del Colegio.

Es un aspecto esencial. Los Colegios Notariales deben tener unas excelentes bibliotecas donde acudir los colegiados y los opositores de la academia a consultar todo lo que necesiten.

2) Relaciones intercolegiales.

Los colegios limítrofes, o con proximidad geográfica, con espíritu colaborador y que por su propia dimensión en cuanto al número de colegiados se vean con dificultades a la hora de asumir todas o parte de las actividades enumeradas, pueden establecer convenios de colaboración a nivel de la Junta Directiva o de Comisión de Cultura.

Este aspecto entiendo es muy interesante. Hay que hacer muchas cosas, somos pocos y el tiempo y ganas de trabajar no abundan demasiado. Por ello sería conveniente en este punto una colaboración similar a la de las academias.

3) Junta de Decanos.

La Junta de Decanos debe asumir la función de coordinación de las Comisiones de Cultura a la hora de organizar determinadas actividades intercolegiales.

Asimismo debe potenciar la participación y colaboración en las revistas jurídicas notariales anteriormente relacionadas.

Debe asumir:

1. Que las nuevas normas jurídicas que afecten al Notariado, comunitarias, estatales y autonómicas sean comunicadas a todos los notarios.

En este sentido debe haber coordinación Colegios-Junta de Decanos para evitar duplicidad de trabajo y de gastos.

2. Que las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado sean comentadas por compañeros de prestigio y publicadas.

Así como las sentencias del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas autonomías, que afecten a la práctica notarial.

3. Potenciar los ciclos de conferencias en los distintos Colegios Notariales.

4. Creación de una Comisión de Recursos. Su función sería centralizar los posibles recursos que quieran interponerse y asesorar al notario sobre la conveniencia o no de presentarlo y posibilidades de ganarlo.

5. Creación de un gabinete de asesoramiento fiscal al Notariado.

4) Oposiciones entre notarios.

— El turno de clase debe desaparecer. Es distorsionador. La única razón de su existencia es la OEN y la finalidad de ésta se puede conseguir premiando a los aprobados con años de carrera en el escalafón.

Habría que regular una situación interina con tiempo limitado, por ejemplo, cinco años, pasados los cuales todas la vacantes irían por el único turno de antigüedad en la carrera.

— La oposición entre notarios se debe mantener.

Las ventajas son evidentes:

1. Posibilitan la creación de grupos de opositores, ya notarios, que durante una etapa de su ejercicio profesional combinan el estudio con la práctica del despacho, con lo que consiguen una sólida formación jurídica.

Tener grupos de jóvenes notarios estudiando y trabajando durante dos años para preparar el caso práctico en que consiste el primer ejercicio, es tan importante para el Notariado, que conservar la OEN tiene que ser en estos tiempos de cambio una meta irrenunciable.

2. Las mejores y más actuales construcciones doctrinales se contienen en los temas de la OEN.

La Junta de Decanos debe asumir la obligación de publicar cada tres años los temas de la oposición. El Notariado se debe “aprovechar” del esfuerzo realizado por el grupo de notarios jóvenes más preparado en ese momento.

114 El Notariado es generoso al regular las sustituciones y posibilitar que los opositores tengan todo el tiempo disponible para el estudio, despreocupándose en la mayoría de los casos de su notaría, de la que se hace cargo un compañero. Luego el Notariado también tiene derecho a “aprovecharse” del esfuerzo conjunto de todos y que esos temas, retocados o de la forma que se estudie, salgan a la luz de la publicación.

Es un trabajo del que el Notariado se sentiría muy orgulloso y no debe permanecer más tiempo en forma de miles de folios apilados en las estanterías del despacho.

En cuanto al sistema de la oposición entre notarios parece estar pacíficamente admitido si bien se podrían realizar mejoras concretas, por ejemplo, la publicación del programa con anterioridad, o más tiempo del primer al segundo ejercicio, así como aumentar el número de años obtenidos como premio al superar la oposición.

2.2. Asesoramiento a los clientes.

La mayoría de las personas precisan de la intervención notarial una o dos veces en su vida. La compra del piso, el testamento y algún poder o acta son las escasas ocasiones en que el público en general acude a la notaría. De aquí la primera previsión. El asesoramiento, con las matizaciones que posteriormente veremos, debe prestarlo el notario, de la misma forma a estos “clientes” ocasionales que a los clientes que con frecuencia pasan por la notaría. Es más, normalmente estas personas o clientes ocasionales están más necesitados del asesoramiento técnico que el experimentado cliente acostumbrado a la notaría. Por ello el notario se debe esforzar sobremanera ya que la imagen del público en general que pasa un par de veces en su vida por la notaría será la que les ofrezca el notario “de turno” que los ha atendido.

115

El asesoramiento supone poner en conocimiento del ciudadano que demanda la intervención notarial los cauces jurídicos adecuados para el cumplimiento de los fines que se propone conseguir, para que los actos o negocios que pretende formalizar produzcan los efectos jurídicos deseados.

Por ello, el asesoramiento presupone previamente que el notario debe recibir la voluntad del ciudadano e informarle de los requisitos previos del negocio jurídico, documentación necesaria, licencias, etc., y las consecuencias jurídicas, sustantivas y fiscales del acto o negocio que se propone celebrar.

El notario debe obrar en conciencia y ello equivale a que no le quede ninguna duda de la voluntad de la persona que reclama su intervención, y que la solución dada, el cauce jurídico elegido es el adecuado a la Ley para conseguir el fin perseguido.

Aquí se mezcla el aspecto humano del notario y su aspecto como profesional del Derecho. Como persona el notario debe desarrollar su sensibilidad a la hora de captar y

entender a quienes reclaman su intervención, y cuanto mejor los entienda y comprenda, a mayor acercamiento, más próximo estará a dar la solución adecuada. Como profesional del Derecho esta solución dependerá de su formación jurídica, por ello es imprescindible que los notarios no abandonemos el estudio necesario que nos permita una formación constante y sólida en el ejercicio de la función notarial. Como ya digo en otras partes de esta ponencia, es esencial que el notario sea un profesional de Derecho perfectamente formado y constantemente actualizado en el campo jurídico, para poder cumplir correctamente la función encomendada. En nuestros despachos comprobamos día a día esta necesidad, dada la complejidad de las relaciones jurídicas en el mundo actual.

116

RODRÍGUEZ ADRADOS nos dice que, junto a su función de autenticidad, el notario tiene un papel más digno y más elevado, que deriva de la esencia misma de sus funciones, y que es independiente del mandato más o menos extenso que las partes, o una de ellas, hayan podido confiarle; tal es la misión de consejo. SOPENA ha escrito que “nuestro deber de consejo es ineludible; se debe prestar aunque no se pida”. Y ROÁN y CÁMARA han matizado a estos efectos, que “el notario no sólo tiene que asesorar, sino que en la mayoría de los casos debe dar consejo cuando se le pida. El asesoramiento es más frío que el consejo, el consejo trata de comprometerse en la decisión de las partes”.

En esta genérica obligación de asesoramiento, cabe distinguir, con LÓPEZ BURNIOL, tres niveles:

a) La información: el notario ha de poner de manifiesto siempre a las partes el alcance y consecuencias de sus actos, para que aquéllas puedan “formar” correctamente su consentimiento. Así, por ejemplo, el notario ha de advertir al otorgante los tremendos resultados que para él pueden irrogarse de un poder general o de un aval. Sin esta “información”, no puede luego hablarse de autenticidad sustantiva o de fondo; sería un escarnio.

b) El asesoramiento propiamente dicho: es el que el notario ha de prestar de oficio a aquella de las partes que lo precise y que aparezca en situación de desequilibrio respecto a la otra, más poderosa, más culta o con asistencia jurídica propia. Asesoramiento específico que —como dice MEZQUITA— no choca con el deber de imparcialidad del notario, sino que constituye precisamente una manifestación del mismo, “la imparcialidad compensadora”. Así, en esa “compensación” no habrá nunca parcialidad del notario; sino que cuando la habría es precisamente cuando no existiera, manteniéndose así el desequilibrio o desigualdad por la omisión o pasividad del notario. Y esta pasividad no sería imparcialidad sino “neutralidad”, y no se puede ser neutral ante el riesgo de injusticia, fraude o abuso, ni ante la falta de libertad civil en la emisión de voluntad. Piénsese en el amplio campo que brinda —para este asesoramiento— la contratación en masa, con “minuta” impuesta, en el ámbito de un mercado, como es el financiero, tantas veces distorsionado por una publicidad sesgada.

117

c) El consejo: un paso más en la labor de asesoramiento es el “consejo”, que sólo ha de darse cuando es pedido. Ha escrito PÉREZ SANZ que los particulares requieren del notario un consejo, una orientación y ello es una muestra de la confianza que la sociedad ha depositado en nuestra profesión, en base no sólo a los conocimientos técnicos que tiene acreditados, sino, sobre todo, a su constante servicio a la verdad, y a la prudencia que acompaña su intervención. Con el “consejo”, el notario deja de “prevenir” simplemente, y pasa a “intervenir” en la configuración definitiva del negocio. Es un desiderátum, muchas veces inalcanzable, y sólo posible sobre la base de una “confianza” en el notario como profesional, cuya base previa es el conocimiento del notario como persona: de su saber, de su honestidad y de su prudencia. Y este conocimiento requiere tiempo.

El asesoramiento se debe prestar directa y personalmente por el notario. En relación a este punto haré las siguientes reflexiones:

1. Intervención del empleado en el asesoramiento. Es una labor meramente auxiliar de la función asesora del notario. Por ello el empleado que por su cualificación profesional reciba clientes en el despacho deberá poner en conocimiento del notario la necesidad de asesoramiento cuando así se lo soliciten expresamente, o ante la menor duda que tenga.

2. Asesoramiento y minutas. Es una cuestión que en la práctica puede plantear conflictos, sin embargo, entiendo que el notario, a no ser que se lo pidan expresamente en el momento de su intervención, debe asesorar siempre. En todo caso, y por muy asesorados que estén determinados clientes, supuesto de grandes empresas o entidades de crédito, el notario debe controlar la legalidad del negocio jurídico siempre.

118 3. La “imparcialidad auténtica”. En los asuntos en que exista una evidente desproporción de asesoramiento previo en las partes del negocio jurídico, pensemos en préstamos de las entidades de crédito o compras de pisos a grandes constructoras, el notario debe explicar el alcance y efectos del mismo hasta que la parte menos informada tenga pleno conocimiento de todo ello. Es una labor imprescindible para el correcto ejercicio de la función notarial. El principio de igualdad implica tratar desigualmente lo desigual.

En este sentido el artículo 147 del Reglamento Notarial en su párrafo tercero dispone que: “Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”.

Este dato de la imparcialidad tiene diferencias claras según el notario actúe en un negocio bilateral o en un negocio unilateral.

En el primer caso, negocio bilateral, la neutralidad o imparcialidad del notario implica que, como autor único del documento a suscribir por ambas partes, tenga en consideración el equilibrio de las prestaciones, para lo que puede y

debe penetrar en el fondo del asunto, incluso económico, de todo el negocio, incluso cuando el mismo venga predeterminado por la suscripción de un documento privado previo, generalmente incompleto en muchos aspectos, especialmente fiscales.

Y en el segundo caso, acto unilateral, la neutralidad o imparcialidad del notario tiene un especial tinte, como nos dice JOSÉ M.^a SEGURA, la preocupación por terceras personas que, sin ser parte, van a ser afectadas.

En materia de testamentos debemos resaltar la complejidad del asesoramiento notarial. Esta complejidad hace que el asesoramiento personal del notario sea esencial: la minuta aportada o los datos recogidos por los empleados del notario suelen adolecer de simplicidad. Generalmente, si el notario no interviene de forma responsable, no aparecerá toda la riqueza posible de cláusulas y previsiones que el testador hubiese acreditado, al menos, de habérsele explicado su posibilidad. Pero además, el notario, por usar su imparcialidad, debe reforzar su asesoramiento para proteger a los futuros herederos, o no instituidos, de cláusulas no suficientemente meditadas: ante una voluntad ilógica, o al menos no habitual, el notario debe esforzarse en entrar en el fondo de la cuestión para evitar, en lo posible, patentes injusticias derivadas de maliciosas influencias.

En materia de actas debemos resaltar el deber de neutralidad del notario. Como el acta persigue generalmente preconstituir una prueba, existe siempre otra parte, no presente, que el notario debe tener en cuenta. Y así en el requerimiento debe evitar formulaciones que dirijan el acta en un sentido sesgado (levante acta de esto pero no de aquello...). Y en la contestación pasa lo mismo, el notario debe proteger igualmente a su requirente, no aconsejando la contestación adecuada, y tan sólo, por el mismo deber de neutralidad, debe aconsejar que no se den contestaciones impremeditadas, cogidas casi por sorpresa.

El asesoramiento al margen del documento es también

una actividad realizada con cierta habitualidad por el notario, y ello como nos dice JOSÉ MARÍA SEGURA ZURBANO en dos ámbitos bien diferentes:

En los pueblos donde no existen otras instancias asesoras se pueden convertir en auténticos confesores laicos de materias no estrictamente jurídicas, aunque al menos comprendidas en lo que podría llamarse sociología jurídica, y en las ciudades más grandes, donde el prestigio de su preparación hace que acudan a él, sabiendo el beneficio que se puede obtener, no sólo los particulares con su caso, sino sobre todo los profesionales del Derecho con el suyo. Por ello JOSÉ MARÍA SEGURA resalta:

— Que en ambos casos, y especialmente en el primero, la labor del notario prestigia al mismo y a la profesión que representa.

120

— Que en ambos casos, y especialmente en el segundo, el asesoramiento del notario debe seguir siendo la línea de imparcialidad predicada, aconsejando la solución más ajustada a Derecho, y no sólo medidas puntuales para que una de las partes logre su victoria sobre la otra.

— Y que, en todo caso, tal asesoramiento debe ser habitualmente gratuito (siempre y cuando la consulta es metajurídica), para acreditar que la actuación notarial es totalmente desinteresada y motivada por el bien general y no de una parte.

Concluiremos este punto diciendo que el adecuado asesoramiento tiene, en principio, en contra:

— Por falta de tiempo, la autorización de un número excesivo de documentos, que se produce fundamentalmente en las macronotarías. Si bien también en los despachos en los que el notario dedica muy poco tiempo en relación al volumen de trabajo.

— Por falta de voluntad, quien se somete a los intereses de los grandes clientes.

— Por falta de arraigo, el notario saltimbanquí que consume frívolamente su pericia administrativa de traslados, sin

llegar a conocer a las gentes y las tierras a las que, en teoría, está destinado a servir, y para lo que precisa una confianza que sólo se adquiere con el trato, que un profesional ha de prodigar a fin de conseguir ese conocimiento que le conducirá a la confianza de la sociedad en que ejerce su profesión.

2.3. El control de legalidad.

Como sabemos, en España, el notario no es un mero fedatario que se limita a dar fe de lo que ve y oye sin más averiguaciones, sino que conforme al artículo 1 de la Ley de Notariado está “autorizado para dar fe conforme a las leyes”, no sólo de Derecho notarial, sino de Derecho sustantivo, civil, mercantil, fiscal, etc., que regulan el negocio contenido en el documento público, añadiendo el artículo 145.2 del Reglamento Notarial que “el notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial... cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres”.

121

El notario al autorizar un documento público debe comprobar que éste reúne todos los requisitos exigidos por la legislación para que el negocio documentado produzca todos sus efectos. Este aspecto de la actividad notarial ha incrementado enormemente su importancia en los últimos tiempos, debido a la concurrencia, como nos dice LÓPEZ BURNIOL, de dos tipos de razones:

— Por una parte, el Estado utiliza a la institución notarial para el desarrollo de las concretas políticas de fomento, adoptadas en cada momento por sus órganos de gobierno, cabe incluir aquí, por ejemplo, todos los requisitos exigidos por la legislación del suelo (así, las licencias de parcelación), la reguladora de las inversiones extranjeras (así, las autorizaciones y verificaciones administrativas, y las certificaciones acreditativas de la aportación dineraria exterior), y la reforma del Derecho de Sociedades (así, el control de la reali-

dad de las aportaciones realizadas a las sociedades anónimas y limitadas).

—Y, por otra, por la creciente importancia que ha cobrado, en estos tiempos, toda la problemática derivada de la existencia de fraudes inmobiliarios, que han provocado ya una reforma de la normativa urbanística tendente a controlar el ingreso en el mercado de los locales y viviendas, mediante la exigencia de la aportación de la licencia de obras y del certificado de terminación de éstas para el otorgamiento e inscripción de las declaraciones de obra nueva.

Con este control de la legalidad se cumple, al decir DE PRADA, una doble misión: “Para el Estado se consigue, a través de la colaboración notarial, la obtención de determinados fines de interés público. Para las partes es la seguridad de que en el acto que realizan están cumplidos todos los requisitos precisos para que desarrolle la plenitud de sus efectos”.

122

La trascendencia del control notarial de legalidad radica en que la intervención notarial es anterior al momento en que el negocio va a tener lugar, y el notario puede llevar a cabo, en consecuencia, su labor cautelar a fin de conseguir, en palabras de MORO “el resultado óptimo para el sujeto que ha requerido su obra”, resultado que sería “pésimo” si no alcanzara la tutela del ordenamiento jurídico (RODRÍGUEZ ADRADOS).

La misión esencial del notario no es, por consiguiente, la negativa de controlar o calificar, aunque tenga que hacerlo —dentro de los límites vistos—. Su función primordial es la positiva de guiar a los particulares por los caminos del Derecho y de lograr, al mismo tiempo, la aplicación de las normas jurídicas a ciertas relaciones de la vida, en el momento en que se formalizan, y de forma por ello mucho más profunda que la que el Estado podría pretender por medio de sus propios funcionarios.

Hay que repetir aquí la idea, ya antes expuesta, de que el tema de la “imparcialidad” notarial no se ha planteado

nunca de forma grave y más allá de los inevitables casos aislados, durante toda la larga etapa histórica en la que el notario ha venido mediando entre dos partes contratantes, en análogas situaciones de información e instalación social, pese a sus circunstanciales desequilibrios económicos.

El problema ha surgido –al igual que ocurre en materia de asesoramiento– al acceder el notario a la autorización de contratos en serie, otorgados –de una parte– por un empresario que produce, y de otra –por un consumidor que adquiere.

Y las pautas de actuación son también las mismas. En primer lugar, el reconocimiento de desafío que supone, y su asunción como un acicate para potenciar la función notarial, precisamente por ello más necesaria. Y, en segundo término, una decidida actuación corporativa que, sobre la base que proporciona a las juntas directivas la facultad que les atribuye el artículo 327-2-2.^a del RN (“Disponer lo conveniente para la práctica documental a fin de que, sin menoscabar la libertad de los notarios, se procure alcanzar la mayor seguridad jurídica y el más correcto equilibrio contractual”), fije a los notarios unas pautas de actuación concretas y detalladas (vedando por ejemplo, la utilización de “condiciones suspensivas” como formas de eludir la presentación, en el acto de la firma, de las licencias, autorizaciones o certificaciones precisas); y corrigiendo posteriormente, en su caso, la eventual infracción.

123

2.3.1. Manifestaciones del control de legalidad notarial.

El control de legalidad cobra especial importancia en la normativa administrativa que regula determinados aspectos negociales, en atención al superior interés comunitario. Se trata, en concreto, del sistema de licencias establecido por las normas estatales, autonómicas y locales sobre el suelo, urbanismo y construcción, así como por la legislación específica sobre viviendas de protección oficial, y sobre inversiones extranjeras,...

El control de legalidad notarial supone, para el Estado, una eficaz colaboración para el logro de los fines de interés público que persigue la normativa administrativa. Y, para los particulares, supone la seguridad de que su negocio va a perfeccionarse con estricto cumplimiento de toda la normativa aplicable, sin temor a ulteriores problemas ni sanciones.

Este sistema de licencias y autorizaciones administrativas ha de cumplirse sin reserva ni subterfugio alguno, por arbitrario que pueda jurídicamente llegar a ser, por absurdo en que pueda racionalmente devenir, y por ineficaz que pueda operativamente resultar, como medida de fomento. Debe, por tanto, informarse a los particulares de su necesidad, cuando proceda; facilitarse al cliente su obtención, incluso prestando este servicio, si es posible; y exigirse, en todo caso, su aportación, incorporándolos a la escritura, para que ésta sea un documento completo y autónomo.

124

La experiencia demuestra que es una práctica inadecuada la formalización del documento, haciendo constar la falta de licencia o autorización precisa, que se ofrecía conseguir y acompañar en un momento posterior, suspendiendo incluso los efectos del negocio a la obtención de aquella. El documento no es completo y la intervención notarial crea una apariencia de regularidad del negocio documentado; además, la falta de los requisitos administrativos, por muy advertida que esté en la escritura si luego no se subsana acarrea los consiguientes perjuicios para los otorgantes, los terceros y la sociedad en general.

Ciertamente, como dice PÉREZ SANZ, la profusión de normas administrativas en que se establecen este tipo de controles, por vía de licencias, verificaciones, autorizaciones, etc., supone un problema real para el notario, que se ve en serias dificultades para conocer la normativa aplicable. En este sentido hay que destacar la importante labor de formación y difusión que incumbe a los Colegios Notariales y a la Junta de Decanos, para que esta normativa administrativa, que in-

cide directamente en la labor documentadora de sus colegiados, sea conocida y correctamente aplicada por éstos.

Especial preocupación suscita el negocio fraudulento y el simulado. Está fuera de duda que el control de legalidad abarca, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS “todos los tipos de ineficacia; ante todo la nulidad radical o absoluta, pero también la anulabilidad y rescindibilidad por causas coetáneas al negocio; y los actos fraudulentos, en fraude de ley y en fraude de los derechos de los terceros”. El notario al desarrollar esta actividad de control persigue la plena adecuación del negocio al Ordenamiento jurídico, no sólo a la norma concreta sino a los valores superiores de libertad, igualdad y justicia. Debe ser especialmente escrupuloso para evitar que el documento público ampare negocios simulados o fraudulentos. Y, en la duda, debe negar su intervención.

2.3.2. *La vecindad civil y el régimen económico matrimonial.*

125

Tras la reforma del Código civil por Ley de 15 de octubre de 1990, esta materia resulta relativamente compleja, por lo que el notario debe prestar una especial atención a todas estas cuestiones que pueden influir en la capacidad de alguno de los otorgantes (ej. aragoneses mayores de 14 años), en la determinación del régimen económico matrimonial, o en materia sucesoria. Son aspectos de esencial importancia en los que el notario debe indagar con preguntas y más preguntas cuál es la situación real en cuanto a vecindad civil y régimen económico matrimonial de los otorgantes. Si no se llega al fondo del asunto podemos encontrarnos, como de hecho nos encontramos en ocasiones, con matrimonios que compran en Cataluña sujetos al régimen de separación legal, y en Aragón, para su sociedad conyugal. Es como aplicar a un francés la ley alemana o al contrario.

2.3.3. *En Derecho sucesorio.*

Determinar la Ley de la sucesión del causante es el punto esencial. Sin embargo, tras la Ley de 15 de octubre de 1990, el artículo 9.8, inciso tercero del Código civil, admite la posibilidad de que la sucesión de una persona esté regulada por dos ordenamientos jurídicos, la Ley de la sucesión, que es la ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento (art. 9.8 y 16.1 C.c.) y la Ley reguladora de los efectos del matrimonio, determinada conforme al artículo 9.2 Código civil, que establece los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite. Y ello sin entrar aquí a estudiar las importantísimas cuestiones de orden práctico que plantean estos preceptos (pensemos en las actas de declaración de herederos abintestato) y que en todo caso debe resolver el notario.

126

2.3.4. *Calificación notarial de la suficiencia de los poderes.*

Como dice ENRIQUE FRANCH, en el estado actual de la cuestión, todos sabemos cuál es nuestra forma de actuar ante un compareciente con poder: exhibición de la correspondiente copia autorizada, aseveración de su vigencia, con testimonio de lo pertinente en el instrumento público (a salvo otras fórmulas como las de unión de la copia o de testimonio total de la misma, o remisión a ella limitándose a plasmar en el instrumento público su exhibición y la aseveración de su vigencia, procedimiento poco recomendable por los inconvenientes que se pueden plantear con posterioridad) y juicio de suficiencia del notario, a través del juicio de capacidad. Esta forma de actuar la impone el artículo 166 del Reglamento Notarial. Sin embargo, cuando el documento ha de acceder al Registro de la Propiedad o Mercantil tiene que soportar ese poder una segunda calificación por parte del registrador, impuesta según se afirma por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 6 del Reglamento del

Registro Mercantil; y a veces no sólo una segunda calificación, sino una exigencia de nueva exhibición de la copia autorizada absolutamente extemporánea, salvo insuficiencia de la transcripción de la primera. Pues bien, ¿es deseable que esta situación continúe, o por el contrario es preciso que cambie acercándonos a la forma de proceder de legislaciones europeas de sistema notarial latino como el nuestro?

Desde un punto de vista estrictamente notarial, la diferencia entre plasmar en el instrumento público lo pertinente del poder y aseverar simplemente que se ha tenido a la vista y que es suficiente para el otorgamiento que se pretende, no existe, pues al final de todo, el juicio positivo de capacidad hecho por el notario iguala ambos procedimientos. Son esas otras instancias, como sigue diciendo ENRIQUE FRANCH, las que impiden de momento esta forma de proceder que, en definitiva, no nos impondría nuevas obligaciones ni más responsabilidades de las que ahora tenemos, y no desplazaría al Registro algo como el juicio de capacidad, que es típicamente notarial, pues el juicio de capacidad debe efectuarse en el momento en que se efectúe el negocio o acto de que se trate, y esto sucede ante el notario y no en el Registro. Por ello hay que reconducir la cuestión y para ello ni siquiera sería preciso modificación alguna de la Ley Hipotecaria ni del Reglamento del Registro Mercantil: los registradores seguirán calificando la capacidad de los otorgantes por lo que “resulte de las escrituras” (que en estos supuestos contendrían un juicio positivo por el que tendrían que pasar) y por lo que resulte de los asientos del Registro: éste sería el terreno de su control (quiebras, suspensiones, incapacidades inscritas, prohibiciones de disponer inscritas, consentimiento del cónyuge por ser ganancial... Se trata aquí de la capacidad del representado, no de la del representante para actuar en nombre del representado).

La calificación de la suficiencia del poder es una actividad puramente notarial y no registral. Con ello nada perdería en efectos la institución registral, pues seguirían desplegando

sus plenos efectos los principios de legitimación y de fe pública, base de la institución.

2.3.5. El problema de las cargas.

La necesidad de indagar el estado de cargas de las fincas en el Registro de la Propiedad previamente al otorgamiento del instrumento público correspondiente dio lugar a la reforma del Reglamento Notarial por el Real Decreto 1558/1992 de 18 de diciembre, aunque ya antes de esa fecha, y por acuerdo del Consejo General, efectuábamos esa comprobación. La regulación reglamentaria fue objeto de modificación por Real Decreto 2537/1994 de 29 de diciembre, que modificó los artículos 175 y 249 del Reglamento Notarial y los concordantes del Reglamento Hipotecario. A ello hay que añadir la instrucción de la DGRN de 2 de diciembre de 1996, sobre contenido de las comunicaciones y otros extremos.

128

En la colaboración entre notarías y registros de lo que se trata es de asegurar al público que las cosas son como las dice el documento en el momento del otorgamiento y que no se van a variar hasta que se produzca la inscripción del documento en el Registro. El nuevo sistema supone un enorme y positivo avance sobre la situación anterior y ha sido acogido con enorme satisfacción por unos usuarios que no podían entender que los notarios no asumiésemos algún papel más profundo en orden a garantizar especialmente el estado de cargas de las fincas.

En la práctica se presenta el supuesto muy frecuentemente de que una carga registral no existe en la realidad jurídica extrarregistral por haberse extinguido la obligación asegurada, es el caso de las hipotecas en garantía de préstamos de entidades financieras. La legislación notarial no impone al notario ninguna obligación en relación al problema de las cargas inscritas, pero canceladas o extinguidas extrarregistralmente, fuera de las que se deriven del deber

general de redacción de acuerdo a la voluntad común de los otorgantes conforme al artículo 147 del Reglamento Notarial.

Pero ello no impide que el notario debe asumir una mínima diligencia para comprobar que en efecto tales cargas están extinguidas en la realidad extrarregistral. Los casos más frecuentes serán las certificaciones bancarias de pago de préstamos y en estos casos la diligencia del notario debe explicar el alcance y efectos jurídicos de estos documentos y en especial de que para que la carga desaparezca del Registro, es precisa una escritura de cancelación de hipoteca que origina una serie de gastos y que si la finca se vende libre de cargas, estos gastos serán de cuenta de la parte vendedora. Es una obligación del notario advertir estas cuestiones a fin de evitar problemas de interpretación posteriores.

2.4. Redacción y autorización del documento.

129

El notario es el redactor del documento, lo que es garantía de veracidad, legalidad y autenticidad del mismo. Es esta autoría de la redacción un rasgo esencial y distinto de nuestra institución.

El notario debe conformar la voluntad de las partes, explorando su querer y siguiendo sus instrucciones, para que aquéllas ratifiquen como suya la voluntad así configurada, prestando su consentimiento al documento extendido conforme a ella. El notario debe adecuar el supuesto de hecho concreto querido por las partes a uno de los posibles paradigmas abstractos previstos en las normas positivas (adecuación necesaria), verificando el efectivo propósito de aquéllas, controlando su alcance y determinando si es compatible con los principios que condicionan la autonomía negocial. Se trata, como dice LÓPEZ BURNIOL, de una función jurídica, no económica, que redundará en interés de las mismas partes y en interés de la comunidad: "A través de la institución del Notariado, y de su máxima expresión concreta que es el

documento notarial, se mira a una finalidad de interés colectivo: el negocio perfecto en el documento perfecto. La perfección del documento es vana si el negocio está viciado en su sustancia". A esta adecuación se refiere el artículo 147-1 del Reglamento Notarial en la redacción que le dio el Real Decreto 1209/1984 de 8 de junio: "El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllas del valor y alcance de su redacción".

Es el notario quien recibe las manifestaciones de voluntad de los otorgantes, y las adapta a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia, es decir, les da forma redactando un documento que las partes, al otorgarlo, hacen suyo, por ser expresión fiel de su voluntad, autorizándolo posteriormente el mismo notario.

130

Ahora bien, la redacción del documento la hace el notario, de conformidad con las normas legales, en lo sustantivo y en lo formal. En lo sustantivo, previa calificación del negocio documentado y controlada su licitud y legalidad, en función de los intereses legítimos de los otorgantes y bajo el superior interés de la comunidad que encarna, como dice PÉREZ SANZ, en los principios de justicia a la que sirve la intervención notarial. En lo formal con sujeción a las formalidades reglamentadas en cuanto al otorgamiento y al formato mismo del documento; pues el mayor rigor formal se corresponde con el mayor valor que le atribuye el ordenamiento jurídico.

La presunción de legalidad que comporta el documento notarial en la esfera extrajudicial representa una indudable garantía de seguridad jurídica. Sería conveniente una formulación general y concreta de este valor legitimador del documento notarial. Así podemos afirmar que el documento notarial comporta una presunción de verdad y de certeza que lógicamente debe amparar a los que adquirieron de buena fe confiando en el contenido del documento notarial.

Desde el punto de vista formal del documento se destaca, una vez más, la conveniencia de que el documento sea completo. La experiencia ha demostrado los riesgos del documento incompleto. Si resulta incómodo o, incluso, difícil incorporar al documento notarial los documentos legitimadores de los otorgantes y los que resulten necesarios o complementarios para el propio otorgamiento, es evidente que las dificultades aumentan en grado sumo cuando ya se ha otorgado el documento, ya lo han firmado las partes y ya se ha consumado el negocio. Baste como ejemplo las frecuentes resoluciones de la DGRN sobre expedición de copias de poderes a los exclusivos efectos de inscribir escrituras otorgadas en base a tales poderes, que se mencionaron pero ni se testimoniaron ni se unieron al documento y luego se perdieron.

Especial preocupación causa el mandato verbal. Se hace ver que el artículo 164 del Reglamento Notarial excluye la posibilidad de una intervención basada en un mandato verbal, pues exige en caso de intervención en representación ajena que se consigne “el documento del que surge la representación”. El mandato verbal ha podido, sin embargo, tener acogida en el párrafo segundo de dicho artículo 164 cuando dispone que la representación voluntaria “habrá de justificarse siempre en el mismo acto del otorgamiento o, con la conformidad de los demás otorgantes, en un momento posterior, lo que se podrá hacer constar en la forma prevista en el párrafo segundo del artículo 176 de este Reglamento. En este caso el notario hará la oportuna advertencia a las partes, que se consignará expresamente en el instrumento”. Como es sabido, el artículo 176 del Reglamento Notarial alude expresamente a la ratificación del párrafo segundo del artículo 1.259 del Código Civil admitiendo su formalización mediante diligencia de adhesión en la propia matriz, autorizada dentro de los sesenta días naturales a contar desde la fecha de su otorgamiento o en escritura independiente, sin sujeción a plazo.

Con razón, se afirma, que la seguridad del tráfico jurídico es incompatible con el mandato verbal. La seguridad que debe atribuir la intervención notarial es igualmente incompatible con el mandato verbal. El valor del documento notarial y el principio legitimador que se postula del mismo, no se corresponden con la incertidumbre que, para el propio negocio, supone el mandato verbal.

De ahí que se plantee la conveniencia de excluir de los otorgamientos notariales la intervención basada en un mandato verbal, estableciendo en el Reglamento una norma que así lo disponga. Entre tanto, en todo caso, debe quedar aquí consignado el carácter restrictivo de la intervención con mandato verbal y su admisión en casos contados y excepcionales, en que concurren razones muy justificadas.

132 Lo dicho antes tiene su plena aplicación en materia de escrituras. Cuando se trata de actas se piensa que el rigor de la prueba documental de la representación alegada debe actuar con menor rigidez, dadas las peculiares características, menores requisitos formales y limitados efectos de este tipo de documentos.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 3.º de la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía y consiguientes leyes de Normalización Lingüística, los ciudadanos de determinadas comunidades autónomas (catalana, vasca y gallega) tienen derecho a que el documento notarial se redacte en su propia lengua. El Notariado tiene el deber jurídico y ético de facilitar el ejercicio de este derecho y así se recogió en las conclusiones del VI Congreso Notarial Español celebrado en Madrid los días 13, 14 y 15 de noviembre de 1997, que en su conclusión DECIMOCTAVA dice:

“El Congreso se muestra sensible a la diversidad lingüística de las diferentes Autonomías e insta a los notarios que en las mismas ejercen el más escrupuloso cumplimiento de las normas constitucionales y estatutarias, así como a las leyes y reglamentos que las desarrollan, con pleno respeto a los derechos lingüísticos de los ciudadanos”.

Por último, conforme al artículo 193 R.N.: “Los notarios darán fe...”, y el artículo 196 “El notario ... autorizará la escritura y en general los instrumentos públicos...”. Esto es, el notario en su condición de funcionario público da fe de aquello que ve, oye o percibe por sus sentidos; es decir, da fe de aquello que ocurre en su presencia. Es la función autenticadora del notario como parte integrante de la función notarial y que procede, como dice MOLLEDA, no del propio notario sino del ordenamiento jurídico. Y como nos dice RODRÍGUEZ ADRADOS, la fe pública no es una creación arbitraria del legislador, sino la consagración legal de una realidad que los notarios han ido conquistando y tienen que seguir conquistando día a día, pues el Estado los seguirá haciendo depositarios de la fe pública en la medida en que los ciudadanos sigan poniendo en ellos la confianza.

Como dice LÓPEZ BURNIOL, si bien es el notario el que DA FE, el que HACE FE es el documento por él autorizado, que se independiza *ab initio* de su autor y cobra una existencia plenamente autónoma, desarrollando por sí sólo toda su virtualidad. De no ser así, el notario quedaría reducido a la mera condición de testigo, todo lo público, cualificado o privilegiado que se quiera, pero simple testigo al fin y al cabo y como dice BARALÉS, la individualización del notario como testigo privilegiado es una puntualización muy reductora de las funciones notariales.

El documento notarial hace fe porque el notario ha puesto los presupuestos documentales precisos, redacción y control de legalidad, para que el ordenamiento jurídico imponga su eficacia.

2.5. Organización del despacho notarial.

El notario al depender única y exclusivamente de las personas que acuden a él reclamando su intervención, como profesional que es, debe tener un despacho organizado de forma autónoma, integrándose por ello en la condición de profesional liberal.

Ello introduce un elemento interpuesto entre el notario y los ciudadanos que acuden a él. Este elemento no es otro que la propia estructura, organización y dimensión del despacho notarial que puede incidir en el modo de ejercer la profesión, en la forma de cumplir la función encomendada al propio notario.

Lógicamente el notario para llevar a cabo la función y ejercer correctamente su profesión necesita la colaboración de otras personas que estén bajo su dirección. Son sus empleados, y la intervención de los mismos en el funcionamiento del despacho y por ende en el cumplimiento de la función notarial es muy importante.

Determinar hasta dónde puede delegar el notario y hasta dónde pueden actuar los empleados es muy difícil en la práctica. No obstante, debemos dejar claros dos principios básicos en este punto:

134 1.º Los empleados son colaboradores directos e inmediatos del notario. El grado de colaboración dependerá de la formación y cualificación de aquéllos.

2.º El asesoramiento y control de legalidad los debe realizar personalmente el notario. Algunos empleados, dada su competencia, pueden auxiliar al notario en esta labor, sin que ello signifique dejación ni delegación de la función notarial.

Por supuesto que en la dación de fe, la intervención del notario es directa, personal e inmediata.

Dependiendo del volumen de trabajo de la notaría, los empleados tendrán mayor o menor grado de especialización. Recibir clientes, redactar matrices, hacer copias, llevar la parte administrativa y la contabilidad de la notaría, son aspectos a desarrollar en el trabajo ordinario del despacho. Ello siempre bajo la dirección, vigilancia, control y asesoramiento del notario.

El notario tiene la obligación de formar ya personalmente, en los aspectos jurídicos, ya por medio de otras personas, en el área de la informática, contabilidad, etc., a todas

y cada una de las personas que trabajan en su despacho. Del funcionamiento adecuado de todos y cada uno, en particular, y del equipo en general, dependerá de que la notaría desarrolle su trabajo correcta o incorrectamente.

Ya me he referido a la formación permanente de los empleados. Pero no debemos olvidar que el aprendizaje del caso a caso de cada día, con las explicaciones del notario, irá formando al empleado que cada vez adquirirá mayor nivel. Al conocer perfectamente el notario el grado de preparación de sus empleados, sabrá si el servicio prestado a los clientes es el adecuado.

Si los empleados no tienen cualidades personales para atender correctamente a los clientes; si los empleados carecen de los conocimientos jurídicos mínimos, bien para recibir ellos personalmente algunos asuntos, o bien para redactar documentos, cada uno según su competencia; si los empleados no se preocupan por conseguir que el equipo funcione como un engranaje perfecto; si los empleados no colaboran con el notario... En todos estos casos el despacho del notario, la notaría en su conjunto funcionará mal y el servicio prestado no será el adecuado. El notario deberá esforzarse al máximo para que todo ello funcione lo mejor posible.

El notario goza de total libertad y autonomía para organizar su despacho. Sin embargo, tal organización dependerá necesariamente de la demanda de su intervención como profesional, del volumen de trabajo. El notario es el funcionario público encargado de la fe pública extrajudicial, y en el ámbito de su competencia tiene la obligación de cumplir, de prestar el servicio.

Por ello, la no atención personalizada de los asuntos encargados, la no organización dimensionada del despacho al volumen de trabajo reclamado en su zona (un notario no puede tener un sólo empleado en una notaría de un volumen de trabajo medio o alto, ni puede fijar tres o cuatro horas de trabajo diarias; esto produciría un mal cumplimiento del servicio notarial), la desatención de los asuntos y las

faltas de asistencia al despacho, constituyen irregularidades fáciles de comprobar, corregir y, en su caso, sancionar.

En este punto las juntas directivas deben conocer y controlar el ejercicio de la profesión notarial. Es un aspecto esencial. El notario y, en general, el Notariado, para conservar y en la medida de lo posible aumentar el prestigio que tiene, debe trabajar; y ese trabajo se desarrolla principalmente en la soledad del despacho, con atención personalizada y estudio.

Las juntas directivas deberían disponer del horario de atención al público de todas y cada una de las notarías del Colegio. Igualmente, controlar de forma efectiva y real las ausencias del notario. Pensemos que prestamos un servicio público que nadie nos organiza, y por ello, para evitar problemas de futuro, no estaría de más algún esfuerzo en este sentido.

136

2.5.1. *La macronotaría.*

El fenómeno de la macronotaría surge cuando por el volumen de trabajo de un despacho profesional, quedan, en principio, en entredicho o bajo sospecha, aspectos esenciales del correcto cumplimiento de la función notarial.

Es obvio que el asesoramiento y el control de legalidad se ejercen mejor ante un volumen de trabajo normal, que cuando este trabajo desborda todo límite de lo racional; aun teniendo en cuenta los distintos grados de capacidad, esfuerzo, dedicación, etc., de cada notario.

En las macronotarías se tiene el riesgo de rebajar el nivel de su personalización en el ejercicio de la función, o por masificación en el tratamiento de los casos o por delegación en empleados-factores que no han tenido que acreditar su formación jurídica en oposiciones de la dureza selectiva que el Estado exige para la provisión del cargo. De este modo, en la línea de la masificación, la macronotaría se aparta tanto de la modélica imagen de la notaría rural,

como de la urbana que se sabe prestigiar por la cualificada competencia exhibida en el estudio y tratamiento de las complejas cuestiones jurídicas que puede presentar la contratación desarrollada en sus ámbitos. Y en la línea de la delegación, el notario de tiempo apresurado por la masa de asuntos ejerce un control personal raquíutico de la legalidad en el acto de la firma y exhibe con frecuencia un desconocimiento previo total de las circunstancias del caso, ya que su estudio lo hicieron otros por él: o profesionales liberales externos a su despacho, o aquellos de sus propios empleados más preparados por la práctica. El resultado es que ante los particulares, queda, en el mejor de los casos, como un simple dispensador de la fe pública.

La aparición del fenómeno de la macronotaría puede obedecer a varias causas:

—Positivas del propio notario, que por su sólida formación jurídica, capacidad de trabajo, dedicación al despacho, esfuerzo y cualidades humanas especiales de atención al público y sensibilidad a la hora de tratar y resolver los problemas planteados, llevan como resultado el aumento del volumen de trabajo. Será la propia honestidad del profesional la que determine hasta dónde puede seguir trabajando de forma personalizada e individualizada todos y cada uno de los asuntos.

—Negativas del notario o del propio despacho. El ejercicio incorrecto de la profesión, es causado en determinados casos por el incremento excesivo de trabajo, dadas “las facilidades y corruptelas que ello produce” perjudicando a la institución notarial y a los demás compañeros.

Las falsedades, vicios y defectos que esta situación puede generar no son exclusivos de este tipo de despacho notarial. Sin embargo, la relación entre el límite natural del ejercicio profesional y el volumen de trabajo desarrollado es la que nos induce, en principio, a sospechar del correcto ejercicio de la función. Y si bien en el asesoramiento y en el control de la legalidad el notario actúa como profesional del

derecho más que como funcionario público, sobre todo en su labor asesora, en la dación de fe como veíamos anteriormente no cabe delegación alguna, tiene que actuar directa y personalmente.

También en este punto las juntas directivas tienen una función esencial que cumplir. Si bien la responsabilidad última de las irregularidades mencionadas reside en la inoperancia del sistema disciplinario existente, incardinado en los propios órganos corporativos, pero también en la falta de energía preceptiva de que el legislador dotó a las normas que establecen el derecho de elección de notario por los adquirentes o consumidores, usuarios y ausencia de una extensión expresa de las mismas a los contratos de préstamo y crédito.

138

Personalmente entiendo que como punto de partida, como planteamiento, no hay que combatir las macronotarías en sí mismas. Hay que trabajar, pero bien y seriamente, por el ejercicio correcto de la función notarial y lo que debemos buscar es el procedimiento de inspección, corrección y sanción, en su caso, que haga posible el fin expresado. Aplicar el Reglamento Notarial y los principios de honestidad y moralidad en el ejercicio de nuestra profesión. Si bien, las macronotarías son una señal clara de que con unos límites de competencia, capacidad y trabajo normales, es muy difícil “producir” el trabajo realizado de una forma correcta, ya en el modo en que llegan los asuntos a la notaría, ya en su estudio y control de la legalidad. Lo que genera irregularidades conocidas y aireadas por todos.

Se ha pretendido moderar a través de las cotizaciones a la Mutualidad Notarial el fenómeno de las macronotarías. Sin perjuicio del aspecto de solidaridad que esta medida conlleva, entiendo que por sí sola no es el remedio para solucionar el problema de la macronotarías.

Por ello considero que se debe trabajar en dos aspectos:

1. Inspeccionar seriamente y con regularidad este tipo de notarías.

2. Labor de concienciación para limitar esta apariencia de trabajo en masa y no personalizado, a través de los convenios entre compañeros. Es difícil encontrar la pareja ideal, pero si se está convencido de que es el mejor camino para terminar con la situación de agobio y desesperación en el trabajo, ya se habrá recorrido un buen trecho.

2.5.2. *Incidencia de los convenios en la atención personalizada de la notaría.*

El convenio de dos, tres o más notarios es el camino por el que tarde o temprano irán la mayoría de los compañeros siempre que tengan posibilidad de hacerlo, al existir pluralidad de notarías demarcadas en la población.

La prohibición de convenio a todos los notarios de una ciudad cuando en la misma hay dos, tres o incluso cuatro notarías demarcadas no obedece a razones objetivas.

El convenio hay que analizarlo desde el punto de vista de los interesados y de la sociedad.

Las ventajas para los interesados son innumerables: el continuo cambio de impresiones; cuando uno sale fuera del despacho, la oficina queda atendida por el otro; si hay un asunto que requiere un estudio intenso, el otro compañero continúa atendiendo el trabajo ordinario del despacho; uno de los compañeros puede dedicarse a tareas corporativas, Junta Directiva, etc., o bien a la preparación de opositores, conferencias, foros, etc.; el despacho siempre estará atendido. El estudio continuado se verá favorecido y con ello la formación jurídica de los profesionales. Tanto internamente, en el despacho, como en la proyección exterior del notario (participación en foros, conferencias, cursos, universidad, órganos directivos, etc.) los convenios son, no sólo beneficiosos sino necesarios, casi imprescindibles.

Frente a estas ventajas, los inconvenientes son dos. Primero, la organización de trabajo rotatorio; esto es muy fácil de vigilar por las juntas directivas, basta con unas inspec-

ciones efectivas. Y segundo, no respetar que los ciudadanos, los clientes de la notaría pretendan les atienda un notario en concreto y no otro; la libre elección de notario debe respetarse, no planteándose problema al tener cada uno de los notarios convenidos su propio despacho.

Para la sociedad la existencia del convenio supone siempre ventajas. El trabajo ordinario de la notaría no se ve nunca atascado por asuntos más complejos al existir varios profesionales. Las salidas para casos urgentes, actas, testamentos, o negocios que hayan de formalizarse por cualquier causa fuera del despacho, no paralizará éste al quedar otro notario. Los únicos inconvenientes son los apuntados anteriormente, principalmente el de la libre elección de notario, aunque como ya he señalado al existir tantos despachos independientes en la oficina como notarios haya, la solución está dada.

140

Si son clientes regulares de la notaría, cada uno de ellos preguntará por el notario que les lleva el asunto. Incluso a veces un determinado caso quieren que lo lleve un notario, por ejemplo una herencia, y otro por ejemplo de sociedades, el otro notario. La atención personalizada viene exigida por el mismo cliente. A veces si no está el notario que le lleva un tema, prefieren volver.

El convenio incide favorablemente en la atención personalizada.

2.6. El secreto profesional del notario.

En las Partidas la lealtad no viene presentada como un deber de función, sino como una calidad personal del notario: "*ome de poridat*". Los notarios del Rey, sean nombrados por el mismo Rey o por su Canciller "deben ser de buen entendimiento e leales e de poridat". (Partida segunda, título 9, Ley 7.)

Como señala GONZÁLEZ PÁLOMINO, la doctrina alfonsina es la siguiente: a) La *poridat* y la lealtad no son deberes de función propiamente, sino reglas de deontología profesional

y calidades personales del notario. b) La *lealtança* y la *poridat* se excusan en dos casos: 1.º Cuando fueren liberados por el interesado de su deber de guardar secreto. 2.º Cuando lo conocido por el notario fuera constitutivo de delito (que lo escrito en poridat fuera “a daño del Rey o del Reino”).

En nuestro derecho positivo vigente no aparece formulado el deber de secreto profesional del notario, sino sólo el secreto del protocolo y de los documentos confiados al notario.

El artículo 32 de la Ley del Notariado prohíbe al notario que deje examinar el protocolo ni documento alguno que se halle bajo su custodia por razón de su oficio, total o parcialmente, sino a las partes interesadas con derecho adquirido, sus herederos o causahabientes, salvo en los casos determinados por las leyes y en virtud de mandamiento judicial. El artículo 272 del Reglamento Notarial declara de modo absoluto que los protocolos son secretos y conforme al artículo 282 del RN en el caso de que proceda el examen de un documento contenido en el protocolo, el notario cuidará, bajo su responsabilidad, que la lectura se limite al documento interesado y que no pueda sufrir el protocolo el menor daño o deterioro, y a tales efectos el notario buscará personalmente la escritura señalada y la pondrá de manifiesto a los interesados, no consintiendo se saquen notas o extractos de ella, ni que sea hojeado el protocolo, sino en cuanto sea indispensable para la lectura de la matriz de que se trate, debiendo verificarse la exhibición ante dos testigos y extendiéndose de ella la oportuna acta.

Además de las disposiciones referidas, los artículos 27 LN y 224 y siguientes RN declaran quienes tienen derecho a obtener copia de los documentos notariales.

De todo ello se deduce que el notario se halla obligado a guardar secreto de todo cuanto consta en los documentos que autorice o que custodie por razón de su oficio. Y la violación de dicho deber puede incluso llegar a constituir

delito: el de violación de secretos previsto y castigado en los artículos 197 y 198 del Código Penal, los cuales alcanzan también al notario dada la generalidad de sus términos. Por otra parte, el artículo 199 del mismo texto legal dispone lo siguiente:

“1.º El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2.º El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.”

142 Por otro lado la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 417 párrafo 2.º releva de la obligación de declarar como testigos a los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieran obligados a guardar; precepto que evidentemente incluye al notario.

Sin perjuicio de que el deber del notario en cuanto al secreto de protocolo plantea algunas cuestiones prácticas con relación a la expedición de copias y la exhibición de documentos, el aspecto fundamental que quiero destacar aquí es la distinción entre el secreto profesional del notario, no regulado, y el secreto del protocolo, ya visto.

El notario en el ejercicio de su profesión tiene conocimiento de hechos, situaciones, circunstancias, relaciones jurídicas y aspectos en general de las personas que reclaman su intervención; y todo ello con anterioridad, incluso al margen, del documento público autorizado e incorporado al protocolo. Y es en este punto donde debemos resaltar el deber de secreto profesional del notario diferenciándolo del secreto de protocolo.

El secreto profesional se refiere a la actuación total del notario. El secreto del protocolo se refiere a un aspecto del quehacer del notario: a uno de sus deberes como archivero. Es decir, que uno afecta a la persona y otro a la cosa: al secreto de la documentación notarial.

Para GONZÁLEZ PALOMINO la obligación del secreto profesional es una exigencia de conducta profesional correcta, es algo más que un deber: es una forma de ser. Suele recordarse la frase de San Agustín: "Lo que sé por confesión lo sé menos que si jamás lo hubiese sabido". Las formas de ser de cada profesión configuran la psicología profesional y si puede ser difícil o incómodo guardar un único secreto, lo difícil es acordarse de cualquiera cuando son muchos los conocidos. Esta es una explicación humana. Para el interesado se trata de un secreto; para el profesional se trata de una actuación corriente, sin interés especial, salvo el que por sí mismo tenga el caso "despersonalizado" como problema técnico.

143

No requiere, por tanto el secreto profesional formulación normativa, ni siquiera de apoyo consuetudinario. Es una forma de ser de la profesión.

Débase notar que hay una ausencia total de jurisprudencia sobre esta materia del secreto profesional del notario; lo que como dice ESCOBAR es una buena prueba de la realidad y esmero con que se cumple en la práctica notarial ese deber fundamental.

Supuesto el deber deontológico del secreto profesional del notario, el problema grave es el de sus límites. En las Partidas ya vimos dos. En la doctrina francesa y española hay un excesivo casuismo.

Como principio general, el secreto profesional debe ser absoluto.

El notario puede ser liberado de mantenerlo por el interesado en el secreto, si es el único, o por todos los interesados, si son varios. Esta es la tradición española según las Partidas. Seguramente, su verdadera ratio se encuentra en lo

que se ha denominado el derecho al secreto, es decir, el secreto considerado no como obligación de guardarlo por parte del depositario del mismo, sino como derecho del que lo confió.

Por la misma tradición puede el notario sentirse liberado del secreto si se trata de materia constitutiva de delito o si se busca su colaboración como cómplice silencioso o encubridor para la comisión de un acto inmoral o ilícito civil. Como dice GONZÁLEZ PALOMINO, el notario no puede olvidarse del Catecismo, porque es evidente que la obligación de guardar secreto del notario no es tan rigurosa, inflexible y absoluta como la de guardar el secreto de confesión, entre otras razones porque no es de derecho divino, sino humano, en el que hay pocas cosas absolutas e inflexibles, por actuar en la zona de lo relativo.

144

Pero aunque el notario no tenga, en ciertos casos, obligación de guardar secreto, ¿tendrá en alguno la obligación de quebrantarlo? Distinguiremos la zona de lo penal y la zona de lo civil.

En materia penal, el notario no tiene obligación de quebrantar el secreto profesional en ninguna de sus posibles formas. Ni como testigo, artículo 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya visto. Ni como denunciante, en base a los artículos 263 del mismo texto legal y artículo 10 de la Ley Orgánica del Notariado. Sin embargo, hay una obligación reglamentaria de denunciar, consignada en el artículo 61 del Reglamento Notarial para los casos en que se impida o dificulte el ejercicio libre de sus funciones con injurias, amenazas o cualquier otra forma de coacción; es decir, cuando el notario sea sujeto pasivo del delito o falta de que se trate.

ESCOBAR plantea una distinción correcta cuando afirma que los notarios no pueden excusarse de la obligación de comparecer cuando sean llamados, bajo las sanciones correspondientes, previstas en los artículos 643 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 410 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por tanto, propone como fórmula de la declaración del notario ante los Tribunales la de: "Juro —o prometo— decir verdad, con reserva de derechos confidenciales, a lo cual me considero obligado por el secreto profesional".

En el ámbito civil considero de interés destacar los siguientes aspectos:

1.º El notario requerido para autorizar una escritura de venta o préstamo está obligado a dar a conocer al comprador o al prestamista las cargas o hipotecas que le consten y que el vendedor o el prestatario quisieren ocultar, amparándose en la obligación del secreto profesional.

Las cargas de una finca no son ni pueden ser reservadas, sino públicas para todo el mundo y, por tanto, no pueden ser objeto de secreto notarial, y el notario si le constan por estar consignadas en una escritura anterior, no puede ocultarlas aunque se lo exija el vendedor o el prestatario.

El secreto se exige para fines lícitos; quedaría desnaturalizado cuando se utilizase conscientemente como medio idóneo para el engaño.

Y en este punto no estoy de acuerdo con un sector doctrinal que defiende que el notario tiene obligación de guardar secreto respecto de los hechos destinados, según la Ley, a ser publicados, es decir, los inscribibles en el Registro Mercantil o de la Propiedad. En este sentido la doctrina francesa considera que los actos destinados a ser publicados deben ser puestos en conocimiento de los terceros por la vía misma que el legislador haya trazado, pero importa mucho que no sean revelados de otro modo. Sin embargo, la Cour de Colmar, el 30 de marzo de 1926, declaró responsable a un notario por no haber revelado a su cliente las hipotecas que gravaban un inmueble por él adquirido.

En las relaciones bilaterales el notario entiendo que nunca puede escudarse en el secreto profesional y permitir el fraude de una de las partes causando un daño injustificado a la otra. La función notarial como conformadora del derecho en paz, mal cumpliría su fin (ese fin que como decía

COSTA “a notaría abierta, juzgado cerrado”) si permitiese proteger el secreto profesional de forma tan absoluta que fuese medio colaborador en el engaño de una parte a la otra. El notario en estos casos, ni en aras de imparcialidad, ni en base al secreto profesional, puede permanecer neutral. Su obligación ética como notario y como persona es impedir que se produzca ese engaño a través de un documento por él autorizado.

2.º Los artículos 224 y 250 del Reglamento Notarial que determinan quienes tienen derecho a obtener copia o a leer los documentos del protocolo y que son las personas que acrediten “a juicio del notario, tener interés legítimo”.

Debemos destacar que el interés legítimo para obtener copia o poder leer un documento del protocolo queda a juicio del notario, será el notario quien aprecie ese interés. Y no puede ser menos en una profesión como la nuestra, que tan informada debe hallarse de aquellos principios morales indispensables, porque se ha dicho y repetido que además de ser cualidad moral necesaria la de tener conciencia, se ha insistido también que el único y verdadero juez de la intervención del notario ha de ser precisamente su conciencia, y con arreglo a ella ha de estimar si el interés que se alega por el peticionario es o no legítimo.

En todo caso el interés legítimo debe ser un interés jurídicamente protegible y acreditarse al notario.

3.º La posición normal del notario citado como testigo en un pleito civil debe ser:

— Si es en relación a un documento público por él autorizado, no puede declarar contra su propio testimonio, a no ser un falsario. Se debe remitir al contenido del instrumento público en cuestión, ya que se habrá olvidado del asunto o sus detalles.

— Si es en relación a su quehacer notarial, no plasmado todavía en instrumento público, su declaración no tendrá mayor rango, sino la de un testigo como otro cualquiera o a su nivel. En mi experiencia profesional he tenido el caso de

una compraventa encargada para su formalización en escritura pública, tomando datos al vendedor y comprador, y expresando ambos en mi presencia al acuerdo al que habían llegado; al ser citados para firmar el vendedor se niega y el comprador interpone la correspondiente demanda y soy citado al juicio al que acudí con mucho gusto pues entiendo es nuestra obligación como notarios que la verdad resalte sobre todas las cosas y que el hecho de que nuestro testimonio en este caso valga como cualquier otro, que puede ser discutido o negado y puesta la veracidad del notario en entredicho, con descrédito para sí mismo y para la función como dicen algunos, no son argumentos suficientes para aconsejar al notario que no vaya como testigo al correspondiente pleito civil. El notario debe obrar en conciencia y en el caso planteado mi conciencia me indicó debía servir a la verdad y fue lo que hice.

147

2.6.1. Auxiliares del notario.

Extremo más delicado aún es el del secreto que deben guardar los empleados del notario. Ya GONZÁLEZ PALOMINO decía que la intervención de auxiliares, aunque sea en los menesteres materiales secundarios de su trabajo, pone en peligro el secreto de la función y el secreto del protocolo. Quiere eso decir que a los auxiliares del notario han de ser exigidas también las cualidades de conducta personal y profesional y las cualidades morales que deben adornar a todo buen notario. Y la verdad es que se exigen y las tiene, pues por la misma razón que la actividad del notario imprime carácter a la persona que ejerce la función, la actividad refleja de los auxiliares tiene la misma virtud.

La experiencia acredita que los auxiliares del notario son un reflejo del notario de que dependen, y por su conducta y por sus palabras se puede formar cabal juicio del notario con quien colaboran. Y es que entre los deberes del notario respecto a sus auxiliares, el primero es el del ejemplo.

En el deber de lealtad se comprende el deber de reserva o sigilo, pues sin él quedaría indirectamente quebrantado por el notario el deber suyo de secreto profesional, con daño de su prestigio y de su responsabilidad.

2.7. Cobro justo de honorarios.

La regulación de los honorarios notariales se ha realizado a lo largo del tiempo mediante la aprobación de un arancel. Ya la Ley del Notariado previó el establecimiento de un arancel para fijar los derechos notariales, que fue establecido, con carácter exclusivamente notarial, por Ley de 2 de junio de 1870.

Como dice PERAL RIBELLES los derechos arancelarios constituyen la retribución de una actividad profesional organizada y costeada por el notario que presta sus servicios, que a diferencia de los honorarios profesionales, se fijan por la Administración, sustrayéndose de las reglas del mercado para cohonestar dos finalidades: la suficiencia del sistema (sus costes y la retribución individual del notario) y los intereses generales del conjunto de la sociedad.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 13 de abril de 1989, en su punto 2 apartado primero dispone que “en general, los aranceles se determinarán a un nivel que permita la cobertura de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, incluida su retribución profesional”. Y añade en el punto 7 que el importe de los aranceles queda afectado a la cobertura directa de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, así como a su retribución profesional.

El arancel contiene elementos públicos y privados; los aranceles son establecidos por el Gobierno pero no se sufragan a costa del Presupuesto General del Estado, se destinan al mantenimiento del propio sistema notarial, del que el Es-

tado no se hace cargo y se reserva su fiscalización inicialmente a la propia Corporación a través de los Colegios y de forma definitiva al Estado. Sin embargo, los derechos arancelarios proceden directamente de los usuarios del sistema sin paso por el Estado, su cobro forzoso no se realiza por procedimientos administrativos de apremio, sino por el sistema de ejecutividad civil y su destino, tras el sostenimiento del servicio, constituye la retribución profesional.

Colectivamente, el arancel es la contraprestación del mantenimiento de toda la institución, del total sistema notarial. El Estado, establecido el arancel, se desentiende de los gastos que tal sistema produce, porque el arancel debe mantener todo el sistema.

Individualmente, el importe de los derechos arancelarios se destinan al pago de los gastos de las oficinas notariales y cubiertas éstas el remanente constituye su retribución profesional; este carácter residual de los ingresos junto a la variabilidad individual constituye una de las pautas que incentivan al notario a economizar costes, pues es la principal política reglamentaria que puede poner en marcha el notario para mejorar sus ingresos, junto con las inversiones en su propia formación.

Pero los ingresos por los derechos arancelarios no son un límite a la obligación de satisfacer los gastos totales de su profesión; no hay patrimonios separados ni limitación de responsabilidad; y temporalmente considerados, todos los ingresos del notario desde su acceso a la profesión hasta su jubilación están sujetos a satisfacer los gastos, cualquiera que sean los sucesivos destinos; los ingresos de hoy deben pagar también los gastos de ayer y los de mañana.

Y qué gastos. Todos. Los individuales, dada su libertad de organización de su despacho. Y los colectivos como el mantenimiento de los Colegios, del Consejo General, de la previsión social nuestra y de nuestros empleados, los de prevención de la responsabilidad a través del seguro, etc. Todos ellos son gastos de establecimiento, funcionamiento y conser-

vacación de la oficina pública notarial. El Estado nos retribuye por arancel, pero nos responsabiliza de todo el mantenimiento del sistema individual y colectivamente considerados. El Estado queda ajeno a todo el sistema en materia de gastos. Y es así desde el momento de ingreso en la carrera profesional; el Estado nos retribuye por arancel pero a un coste: que el notario se haga cargo del total servicio notarial.

El arancel vigente de los notarios se aprueba por Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre. Y ello en base al apartado cinco de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos que encomienda al Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y, en su caso, del Ministro del que dependan los funcionarios afectados, la aprobación del correspondiente arancel.

150 La confección del actual Arancel está presidida por los siguientes criterios:

1. Cobertura de gastos. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos, ya vista.

2. Cambio en la determinación de las bases. Hasta la entrada en vigor de la Ley de Tasas y Precios Públicos, la determinación de los derechos de los notarios se realizaba sobre la base de los valores reales, obtenidos mediante los procedimientos previstos en el Reglamento Notarial. Con la entrada en vigor de la Ley, únicamente pueden tenerse en cuenta como base los valores comprobados fiscalmente de los hechos, actos o negocios jurídicos y, a falta de aquéllos, los valores consignados por las partes en el correspondiente documento.

3. Simplificación de la estructura y contenido del arancel en relación al anteriormente vigente aprobado por Decreto 644/1971, de 25 de marzo.

4. Clarificación de los conceptos. En el presente arancel se ha pretendido lograr una mayor claridad y rigor de los conceptos minutables, eliminando en lo posible las dudas in-

terpretativas y los problemas de aplicación a que había dado lugar el anterior. Al propio tiempo y a fin de lograr mayor transparencia y publicidad se ordena que se ponga a disposición del público en todas las notaría.

5. Comisión de seguimiento. Una comisión de seguimiento de la aplicación de los aranceles, presidida por el Director General de los Registros y del Notariado, e integrada por el Subdirector General del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y de los Ingresos Tributarios no Impositivos, y el Subdirector General de Costes de Personal Funcionario del Ministerio de Economía y Hacienda, el Subdirector General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles o persona que los represente, y dos notarios designados por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, examinará las incidencias prácticas del arancel en la retribución de los servicios notariales, y elevará anualmente a los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda una memoria sobre las modificaciones que sea conveniente introducir.

151

Un principio de honestidad profesional nos debe llevar a poner en conocimiento de esta comisión aquellos supuestos en que la aplicación correcta del arancel supone un coste excesivo a los ciudadanos. Imaginemos el fallecimiento de un matrimonio con diez hijos y que el único bien dejado es una finca de valor inferior a un millón de pesetas; la aplicación pura y dura del arancel lleva como consecuencia a unos honorarios excesivos. Por ello los notarios, en estos casos, no cobramos lo que dispone el arancel, a pesar de saber que actuamos incorrectamente, si bien con la prudencia que no tuvieron presente los redactores del arancel.

Los aranceles deben aplicarse correctamente:

1. Como defensa de los derechos de los consumidores, que deben pagar lo que el arancel permite cobrar al notario por el servicio prestado.

En este sentido, tener también en cuenta la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos.

2. Para evitar casos de competencia desleal entre compañeros.

En este sentido, el artículo 63 párrafo último del Reglamento Notarial dispone que: "El notario podrá dispensar totalmente los derechos devengados en cualquier documento, pero no tendrá la facultad de hacer dispensa parcial, que se reputará ilícita".

Y la norma general decimotercera del arancel notarial dispone: "El notario podrá dispensar totalmente los derechos devengados por cualquier acto o contrato, cuya documentación autorice, pero no tendrá la facultad de hacer dispensas parciales. Tampoco podrá el notario dispensar totalmente los derechos correspondientes a uno o varios actos o contratos conexos o económicamente relacionados con otros otorgados por el mismo sujeto respecto de los cuales no conceda la misma dispensa".

152 Como vemos, las condonaciones parciales están prohibidas. Las condonaciones totales, no conexas con otros documentos, son legalmente admisibles pero si la finalidad es captar clientela las debemos rechazar por pura ética profesional.

A pesar de su aparente simplicidad la aplicación del arancel presenta casos de difícil o por lo menos dudosa solución. Por ello es necesario que existan normas interpretativas de aplicación uniforme para todos los notarios. Dichas normas lógicamente deben ser dictadas por la Junta de Decanos, que las revisará periódicamente si la práctica diaria del Notariado lo demandase.

Una cuestión interesante a plantear es la práctica a seguir ante la petición de presupuestos. Es cierto que no existe obligación por parte del notario de elaborar un presupuesto. No hay norma reglamentaria o arancelaria que obligue al notario a facilitar presupuestos ni tampoco norma que lo prohíba. La Dirección General se muestra inclinada a su rechazo como norma general por la dificultad de evaluar anticipadamente una prestación de servicios profesionales y porque hay gastos que escapan a la esfera del control del notario (im-

puestos, liquidaciones complementarias, etc.). Y concluye que para evitar dudas sobre el carácter vinculante del presupuesto debía hablarse de una estimación previa de gastos, indicando cuidadosamente las materias que se estiman (notaría, registro, impuestos, etc.), destacando su carácter meramente orientativo a los efectos de evitar malentendidos.

No puede hablarse de presupuesto como una oferta vinculante de coste a un servicio, sino más bien de una información. Hay que insistir que el usuario tiene derecho de información sobre los verdaderos costes de la actuación notarial, que debe ser siempre meramente informativa. Pero hay que darla siempre que se nos pida.

2.7.1. Dispensas totales o parciales de honorarios impuestos por la Ley.

Son los casos de turno gratuito y las reducciones o bonificaciones arancelarias.

153

En el primer caso podemos citar los poderes para pleitos de personas físicas solicitantes del beneficio procesal de pobreza y las actuaciones en materia electoral. Son actuaciones gratuitas para el interesado y obligatorias para el notario único de la plaza o sujetas a turno especial para los supuestos de concurrencia notarial y también gratuitas para el notario.

En el segundo caso, el arancel notarial desde su primera promulgación, ha contenido siempre normas especiales en el sentido de suponer un menor costo. Tienen fundamentos subjetivos y objetivos. Los primeros en atención a la persona obligada al pago; los segundos en atención a causas de interés político o social. Y se establecen en el propio arancel general o en disposiciones especiales mediante el establecimiento de una reducción porcentual de los honorarios notariales.

No es preciso citar todas, baste recordar las relativas a entidades públicas, las relativas a préstamos o créditos, las

relativas a la adaptación de sociedades, las más recientes referidas a la modificación o subrogación de préstamos, las que se aplican a los arrendamientos urbanos, las relativas a las explotaciones familiares y prioritarias, u otras como las que afectan a concentración parcelaria, viviendas de protección oficial, cooperativas, instituto de crédito oficial, sector petrolero, sector eléctrico, patrimonio sindical, seguridad social, etc.

La aplicación de muchas de ellas ha producido un alto índice de incidencias, fundamentalmente, porque su articulación se ha realizado de manera confusa. Sería deseable que su establecimiento y configuración vengan acompañados de normas claras y precisas de aplicación y control.

2.7.2. Control de la aplicación arancelaria.

154

La aplicación arancelaria debe estar presidida por la máxima claridad y rigor para evitar el deterioro de la imagen del Notariado. El notario tiene el deber y el cliente el derecho a que aquél le informe de los derechos devengados, suplidos, conceptos, bases, números del arancel aplicados, recursos y plazos de impugnación.

Dos obligaciones se imponen al notario en aras de la claridad y transparencia que sobre esta materia debe presidir su actuación: la constancia en el propio documento de la liquidación del arancel y la emisión de la correspondiente minuta. La minuta debe extenderse siempre, se satisfaga su importe o no en el momento de la presentación y con todos los requisitos formales, porque el plazo de caducidad de quince días hábiles siguientes para la impugnación se inicia desde la notificación o entrega al cliente. Como pone de manifiesto PERAL RIBELLES, debe rechazarse la práctica de emitir o extender una factura fiscal, no en el sentido de que no se pueda emitir, sino en el sentido de que la minuta arancelaria debe emitirse siempre para evitar confusión a los particulares sobre el valor y efectos de ese recibo fiscal.

El régimen de impugnación está muy facilitado; basta un

mero escrito sin que sea preciso su pago previo o el depósito de su importe. Decide en primera instancia la Junta Directiva con obligación de comunicar al Centro Directivo todos los recursos y resoluciones, en apelación, la Dirección General, sin recurso en vía administrativa, sino en vía contencioso-administrativa ante la Sala correspondiente en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar su notificación, acreditando haber efectuado con carácter previo, comunicación sobre dicha interposición a la Dirección General. El cuadro de garantías del particular se cierra con la disposición de la Ley de Tasas conforme a la cual los servicios del Ministerio de Economía y Hacienda comprobarán la aplicación que efectúen los notarios con ocasión de la que corresponda, en su caso, realizar de la situación tributaria de los mismos, dando cuenta de las anomalías advertidas al Ministerio de Justicia, a los efectos disciplinarios que procedan. Parecen pues, sobradas las garantías institucionales establecidas en favor de los derechos de los particulares.

155

Los notarios están obligados a entregar las copias con independencia del pago de los honorarios devengados por la matriz o la impugnación de la minuta, como establece el artículo 248 del Reglamento Notarial.

2.7.3. Sistema de jura de cuentas.

Respecto del sistema de jura de cuentas, señala BALLARÍN MARCIAL que los notarios no hemos tenido que hacer mucho uso en el pasado de la jura de cuentas para el cobro de nuestras minutas, por la sencilla razón de que eran pocos los morosos y resultaba suficiente la reclamación más o menos amistosa. Este desuso provocó vacilaciones en los Juzgados en cuanto a su procedencia; en la actualidad diversas resoluciones judiciales han recogido la tesis del mantenimiento del sistema. Así además del análisis formal de la no derogación y vigencia del artículo 63 del RN, la Sentencia de

3 de abril de 1995 de la Audiencia Provincial de Barcelona, indica que no existe desigualdad material respecto de otros funcionarios ya que la vía de apremio responde a circunstancias objetivas razonables al ser un medio indirecto de la financiación de oficinas y servicios públicos dado que los aranceles se determinan a un nivel que debe permitir la cobertura de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas, la conservación de los protocolos y los notarios, por su función no pueden negar la entrega de los instrumentos que originan esos créditos aunque no se paguen en el acto. Si bien el procedimiento no está establecido en norma de rango legal, sí está reconocido y respetado por norma de tal rango como es la Ley de Tasas.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de febrero de 1997, en apelación revoca la inadmisión de la demanda del notario. Y entiende que la derogación expresa del Decreto 644/71 de Aranceles por el posterior RD 1426/89 no afecta al artículo 63 del Reglamento Notarial que se remite al procedimiento de apremio que la legislación hipotecaria establece o en el futuro establezca a favor de los registradores de la Propiedad, según los artículos 615 y siguientes del Reglamento Hipotecario. En síntesis, el espíritu de esta vía de apremio prevista se reproducía, sin que fuera necesario, en la Disposición Séptima del arancel de 1971. La facultad de apremio para el cobro de los derechos arancelarios por los notarios no vino establecida por norma legal, no obstante la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, establece en su Disposición Adicional Tercera que a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las percepciones fijadas en arancel aprobado legalmente que se cobren directamente por el funcionario se sujetarán en su establecimiento, modificación y exacción a los preceptos contenidos en esta Disposición Adicional y en sus demás normas reguladoras que no resulten contrarias a lo previsto en la misma. Todo ello pone en evidencia la constatación y rango normativo que adquiere la facultad de acudir a la vía de

apremio en el cobro de los aranceles notariales. El objeto de la derogación efectuada por el Decreto de 1989 son los propios aranceles notariales de 1971; no la facultad de acudir a la vía de apremio que fijaba el artículo 63 del RN en relación con los artículos 615 y siguientes del RH, lo que corrobora la Ley de Tasas.

Un sistema notarial que impone la asistencia obligatoria por el notario al cliente, sin posibilidad de provisión previa de fondos ni de retención de copias exige un procedimiento de cobro ágil; no basta la reclamación ordinaria ante la jurisdicción civil por los procedimientos ordinarios, que indudablemente pueden utilizarse, incluso los derivados de cheques sin fondos u otros. No puede olvidarse que el destino del arancel no es sólo la retribución profesional, sino en primer término el mantenimiento del propio sistema notarial.

2.7.4. Sanciones disciplinarias.

157

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos en su apartado 3 dispone: "Los funcionarios públicos que, mediando dolo o culpa grave, infrinjan lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior incurrirán en falta disciplinaria muy grave que, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pudieran derivarse de su actuación, será sancionada con suspensión por plazo de cinco años y, en caso de reincidencia, con baja definitiva del funcionario en el correspondiente Cuerpo o Escala o, en su caso, separación del servicio".

El párrafo segundo del apartado 2 al que se remite el transcrito dispone lo siguiente: "Los aranceles se aplicarán sobre los valores comprobados fiscalmente de los hechos, actos o negocios jurídicos y, a falta de aquéllos, sobre los consignados por las partes en el correspondiente documento..."

Por otra parte, el artículo 348 apartado 4 del Reglamento Notarial califica como falta muy grave de los notarios:

“La conducta abusiva y reiterada en la formulación y percepción de cuentas arancelarias”.

El artículo 352 del RN determina que las faltas muy graves podrán ser sancionadas con multa a partir del grado mayor de la escala, postergación o traslación forzosa en cualquiera de sus modalidades.

Y el artículo 353 del RN dispone: “Las Juntas Directivas solamente podrán imponer las sanciones de apercibimiento, multa hasta 100.000 pesetas y suspensión, durante el plazo máximo de un año, de los derechos reglamentarios de ausencia, licencia o traslación voluntaria.

La Dirección General, las de apercibimiento, multa hasta 250.000 pesetas y suspensión durante dos años, como máximo, de los derechos reglamentarios antes citados y postergación de 25 números, como mínimo, y 100, como máximo, en la antigüedad en la carrera, y 25 puestos, como mínimo, y 50, como máximo, en la antigüedad en la clase.

158

Sólo el ministro podrá imponer multas que, rebasando las 250.000 pesetas, no excedan de 500.000, así como la postergación de más de 100 números, con el tope de 300, de antigüedad en la carrera y de más de 50 puestos, con el tope de 100, de antigüedad en la clase, así como la sanción de traslación forzosa en cualquiera de sus modalidades.

En la sanción de multa existirá una escala de tres grados: menor, entre 10.000 y 50.000 pesetas; media, entre 50.000 y 200.000 pesetas; y mayor, entre 200.000 y 500.000 pesetas”.

2.7.5. Incidencia de la morosidad en el ejercicio profesional.

Una forma de condonación tácita de honorarios es no reclamar el pago de los mismos. No se condonan expresamente pero tampoco se reclama el pago.

Lo debemos considerar como un supuesto de competencia ilícita tipificado como falta, muy grave por el artículo 348-4 del Reglamento Notarial.

2.8. La gestión de documentos.

La seguridad jurídica a que el documento notarial tiende no termina con la redacción de aquél y con la fe pública que resulta de su autorización, sino que, cada vez más, requiere unas actuaciones posteriores que no son en absoluto ajenas al autor del documento.

Como dice PÉREZ SANZ, está fuera de duda la competencia del notario para gestionar sus propios documentos (art. 63 párrafo cuarto del RN y Sentencia TS 14 de mayo de 1970).

Los colegios oficiales de gestores administrativos, en ocasiones, han cuestionado ante los tribunales la gestión notarial de sus documentos, recabando con carácter exclusivo la gestión profesional, habitual y retribuida, en concepto de representante, ante los órganos de la Administración Pública. Frente a esta pretensión hay que reafirmar la competencia del notario para gestionar los documentos que autoriza por sí, o por medio de sus auxiliares, en este caso bajo su dirección y responsabilidad.

El notario que gestiona el documento de que es autor ni lo hace propiamente en nombre ajeno, porque el buen fin del documento afecta a su propio prestigio e incluso a su propia responsabilidad, ni gestiona profesionalmente, pues su gestión no es la propia de una persona que profesionalmente se dedica a ello, sino algo unido, consustancial a su propia profesión de notario.

Por otra parte, la propia normativa vigente en materia de gestión (art. 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo, orden de 30 de abril de 1966 y estatutos de los gestores administrativos...) se refiere a los trámites que no requieran "la aplicación de una técnica jurídica reservada a la abogacía" y, ciertamente, la gestión del documento notarial, por su propia complejidad, exige una "técnica jurídica" que nadie se atreverá a negar a los notarios. Esta segunda consideración cobra mayor importancia cuanto mayor va siendo la complejidad de los requisitos añadidos al documento no-

tarial y la tendencia de la Administración a desplazar hacia los administrados la carga de formular declaraciones, “auto-liquidaciones” y rellenar impresos cada vez más prolijos.

El problema fundamental de la gestión del documento por los notarios se encuentra en la ausencia de una normativa concreta que la regule.

Está fuera de duda la competencia notarial para esta gestión. Está igualmente fuera de duda la demanda social de la misma y su valoración positiva. La gestión del documento por el notario no sólo está valorada positivamente por la sociedad, que comprende su utilidad, sino que resulta imprescindible en determinados ambientes, sobre todo rurales. Es curioso destacar, cómo muchos problemas que se plantean al Notariado, no tienen en cuenta los intereses de los ambientes rurales y en los núcleos urbanos los de los grupos sociales más desatendidos, para quienes el asesoramiento del abogado o la mediación del gestor o resulta prácticamente imposible, porque no existe allí este tipo de profesionales, o encarecen considerablemente la documentación e inscripción en el Registro de la Propiedad o en los demás registros o dependencias administrativas competentes.

Pero es necesaria una regulación efectiva de esta materia por los Colegios Notariales y, si se estima preciso, por la Junta de Decanos-Consejo General del Notariado.

No puede excluirse de esta competencia a los Colegios Notariales, pues se trata de una actividad propiamente profesional de los notarios, independiente, aunque complementaria de la pura actividad “redactora-autenticadora”. No pueden inhibirse los Colegios Notariales de la regulación de la gestión por los notarios de sus propios documentos, pues esta actividad tiene mucho que ver con la imagen del Notariado y responde a una demanda social clara, incardinándose en el servicio que presta y debe prestar a la seguridad jurídica. A juicio de PÉREZ SANZ carece de sentido la actitud adoptada, en ocasiones, por las juntas directivas de los colegios notariales, cuando se les ha planteado por los particulares

algún recurso o queja acerca de la actuación de un notario en materia de gestión, declarándose incompetentes y remitiendo al recurrente a la jurisdicción ordinaria. Siendo la gestión del documento por el notario actividad profesional del mismo, que tiende a asegurar la mayor eficacia del documento, el colegio tiene una competencia clara para regular esta actividad profesional y resolver las reclamaciones que planteen los particulares respecto de su desenvolvimiento.

En cuanto a la regulación concreta de esta materia, la Junta de Decanos aprobó un texto sobre gestión de documentos, en el que, partiendo de la libertad de los otorgantes para asumir personalmente los trámites posteriores a la autorización del documento o encomendarlos a un profesional legalmente habilitado o usar de los servicios del propio notario, establecía los principios relativos a la tramitación notarial de sus documentos, que resumidamente pasamos a expresar:

161

1. Debida constancia escrita del encargo y de la solicitud de cantidades como provisión de fondos, así como del recibo de las mismas.

2. Responsabilidad del notario ante el cliente por actos u omisiones propios o de sus empleados o de otros profesionales de los que se sirva el notario.

3. Depósito especial de los fondos recibidos a nombre del notario, en banco o caja de ahorros, con expresa adscripción del depósito a la tramitación de documentos por cuenta de terceros. Reflejo pormenorizado, en libros, fichas o listados de los movimientos contables a que dé lugar la tramitación de cada documento, que permita conocer los saldos, individuales y totales, de las provisiones de fondos.

4. Al finalizar la tramitación de cada documento el notario vendrá obligado a rendir cuentas a través del correspondiente documento de liquidación de la provisión, acompañando las facturas independientes justificativas de las distintas partidas de gastos.

5. Sin perjuicio de la responsabilidad civil en que el notario pueda incurrir por su actuación, el documento de liquidación de la provisión es recurrible, ante la Junta Directiva del Colegio, que ejercerá la facultad disciplinaria en el ámbito de su competencia, a salvo de las facultades del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

6. La inspección de la actividad de gestión asumida por los notarios, el examen de contabilidades, libros, ficheros y listados de tramitación o de fondos y cuentas corresponde a los Colegios Notariales, conforme al artículo 314, número 2 del Reglamento Notarial, sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

7. Los Colegios Notariales adoptarán, según su competencia, los acuerdos correspondientes para completar las normas precedentes y asegurar su aplicación.

Como consecuencia de cuanto queda antes dicho el notario está legitimado para controlar el seguimiento del documento que autoriza hasta su plena inscripción en los registros y dependencias administrativas competentes.

2.9. Integración del notario en la sociedad.

2.9.1. *La residencia y el arraigo como elementos positivos de integración del notario en la sociedad.*

Nadie puede discutir la importancia que tienen la residencia y el arraigo para la buena prestación de la función, pero a la hora de intentar regularlas de algún modo resulta que cualquier medida tiene tantas ventajas como inconvenientes.

La finalidad de la residencia y el arraigo es que el notario conozca el medio, la sociedad a la que va a prestar su servicio y ésta le conozca a él. Del recíproco conocimiento, lo normal es que surjan la confianza y el acercamiento.

La resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de marzo de 1990 indica: El deber de residencia del notario debe interpretarse como una obligación de atender su despacho de manera personal, diaria y efectiva, sin que deba exigirse en la actualidad, como hacía el artículo 42 del Reglamento Notarial antes de la reforma de 1967, que el notario tenga necesariamente casa abierta en la población en que esté demarcada la notaría.

Es un tema muy discutible y muy discutido. En los tiempos actuales un notario que duerma en una ciudad a veinte o treinta kilómetros del lugar de su notaría puede estar tan cercano o más a la sociedad a la que presta sus servicios, al pueblo en que trabaja, que el que tenga casa abierta en el mismo pueblo. En igualdad condiciones, no nos engañemos, se integra mejor, incluso es mejor visto el que reside. Sin embargo, puede haber y de hecho las hay, excepciones en los dos sentidos indicados.

163

Desde otro punto de vista hay que pensar en el concepto de efectiva atención a la oficina y al público y cabe preguntarse si no será lo importante el que cuando un interesado vaya a la notaría encuentra allí al notario antes que la idea de que resida o no rigurosamente en la misma plaza. Ello siempre que la residencia fuera lo suficientemente próxima al lugar del despacho como para acudir en un tiempo razonable en caso de necesidad. Este parece ser también el criterio de la Dirección General en la resolución apuntada.

El tema del arraigo es más difícil todavía que el de la residencia. Fomentar la permanencia en una notaría obligatoriamente puede ser contraproducente; el notario se sentirá "castigado". Si se pretende potenciar con medidas de aumento de antigüedad se podrían ocasionar situaciones injustas al favorecer al notario mejor instalado en detrimento del que no tiene más remedio que moverse si quiere mejorar.

La existencia de los turnos de clase y de carrera son perjudiciales en este sentido. Se han estudiado fórmulas de

todo tipo. La única razón de la existencia del turno de clase es la oposición entre notarios, y esto se puede solucionar premiando a los aprobados con años de carrera. El problema radica en la situación transitoria de los aprobados con el sistema actual y de los que legítimamente han utilizado el turno de clase para moverse. La única solución es un periodo transitorio amplio, de unos cinco o seis años, que aunque pudiera producir situaciones injustas sin embargo, terminaría ya, de una vez por todas, con el problema de la clase en nuestra profesión. Sinceramente, pienso que es necesario resolverlo de forma inmediata. No es tan difícil, pero es peor mantener la situación actual.

La residencia y el arraigo tienen por finalidad la integración del notario en la sociedad a la que presta sus servicios, y ello o se hace voluntariamente o difícilmente se conseguirá con medidas coercitivas de congelación durante varios años, limitando el número de concursos, etc.; esto puede atentar directamente al aspecto personal y familiar del notario.

Si el notario está personalmente a gusto y la notaría le permite vivir adecuadamente permanecerá en ella de forma voluntaria. Aunque no todos tenemos las mismas aspiraciones. Para unos no estar en una gran ciudad es no triunfar como profesional, y para otros es preferible la tranquilidad de las ciudades medias.

El problema del arraigo se plantea en los primeros años de ejercicio profesional. Personalmente entiendo que si un joven de veintitrés años estudia tres o cuatro años para aprobar la oposición, luego tiene que esperar seis, doce, incluso veinticuatro meses, para empezar a trabajar, obtiene plaza en un pueblo de ochocientos habitantes, la subvención por residencia es una vergüenza y la congrua ineficaz y además para que se integre en la sociedad a la que presta sus servicios se le obliga a residir dos o tres años, creo que es demasiado.

Sin embargo, si en ese pueblo recibe ayudas efectivas de la corporación notarial, él voluntariamente preferirá estar ahí

y no cambiar a otro pueblo un poco mejor. En nuestra profesión, de entrada se consigue un trabajo y una remuneración muy raquítica, y si hay que prestar el servicio notarial, toda la corporación debe asumirlo y contribuir en la medida de lo necesario.

Por ello, y para concluir este punto, si la residencia y el arraigo son en general elementos positivos en el ejercicio personal de la profesión, tienen como límite el respeto a la decisión voluntaria del notario como persona, que puede ver lesionados intereses, incluso familiares, si se pretende que la prestación de la función sea el bien superior a proteger, incluso por encima del interés del notario. Hay que conjugar las dos cosas. El notario debe atender correctamente su notaría y sinceramente pienso que lo demás es mejor dejarlo así.

2.9.2. *La conducta pública y privada del notario.*

165

La lectura de varios textos vigentes en países extranjeros nos estimula a reproducir un extracto de algunas normas alemanas sobre nuestra profesión, y que ya recogía la circular del “Boletín Oficial de Granada”, número 164 de septiembre de 1965.

Según el artículo 1.º de las normas, repite el pensamiento del artículo 14 del Reglamento Federal de notarios, “el notario ha de mostrarse, tanto dentro como fuera de su profesión, digno de respeto y confianza que se dispensan a su profesión. Las disposiciones siguientes representan concreciones de esta cláusula general común, sin que éstas agoten su contenido.

a) Las normas no reglamentan la conducta del notario fuera de su profesión. El notario está siempre y en todas partes en el deber de hacer honor a su profesión, sin distinción entre su conducta profesional y la que observa fuera de ella. Los ejemplos de faltas de respeto al derecho profesional provienen por lo general de las siguientes esferas de

la vida: decadencia patrimonial culpable y mala gestión de negocios; infracciones contra leyes penales generales, faltas morales dentro y fuera de la jurisdicción penal. Así, es impropio del notario contraer obligaciones de las cuales le consta que no estará en condiciones de cumplirlas, por lo menos puntualmente. También la inobservancia de reglamentos de tránsito, aun de carácter sólo disciplinario. Obra de manera incompatible con la profesión el que da lugar a crítica por el consumo inmoderado de alcohol en público.

b) La esfera de acción profesional del notario queda abarcada por las normas de conducta de forma completa. Sin perjuicio de todos los recursos legales y asistencias jurídicas, el deber profesional del notario es cumplir concienzudamente las disposiciones de la autoridad de inspección. Como titular de un oficio, que está incorporado a la Administración de Justicia, el notario está obligado a dispensar a los tribunales y a las autoridades igual deferencia como la que se estila entre las oficinas estatales. Es deber profesional ejercer el oficio de acuerdo con los mandamientos y prohibiciones legalmente establecidos. Al hacerlo, el notario debe, como ya se ha recalcado, evitar cuidadosamente siquiera la apariencia de una infracción.

Por otra parte el Reglamento Notarial en el artículo 348 considera como faltas muy graves de los notarios:

“5. La conducta que dé lugar al desmerecimiento en el concepto público.

6. La incompatibilidad personal del notario en el lugar, zona o distrito donde desarrolle su actividad debida a actitudes de aquél que provoquen enfrentamientos graves y reiterados”.

2.9.3. Proyección exterior del Notariado.

Los notarios, que tradicionalmente hemos sido y seguimos siendo unos buenos profesionales del Derecho en nuestros despachos, no cuidamos en absoluto nuestra proyección

social, nos quedamos aislados en nuestra notaría sin participar suficientemente con otros profesionales e instituciones.

Es básico que estemos bien preparados y ejerzamos la función encomendada con el nivel técnico más alto posible; ello beneficia a la sociedad en dos ámbitos distintos: a los ciudadanos, porque resultan beneficiados del asesoramiento adecuado, y a la Administración, porque contribuimos a la seguridad del tráfico y por aquello de JOAQUÍN COSTA “a notaría abierta, juzgado cerrado”.

Sin embargo, esto no puede ni debe ser suficiente. El prestigio de la institución notarial se ha labrado en los despachos y también con la aportación de compañeros que como VALLET, CÁMARA, ROCA SASTRE, RODRÍGUEZ ADRADOS y otros muchos han contribuido al reconocimiento del excelente nivel técnico del Notariado.

Es cierto que compañeros de la categoría intelectual y humana de los citados es muy difícil se repitan, o por lo menos que se repitan en la medida deseable. Pero no por ello debemos relajarnos, muy al contrario, tenemos que esforzarnos para que ese prestigio recibido en forma de testigo por nuestras generaciones anteriores, lo sepamos, por lo menos, defender y transmitir a los que con el tiempo vendrán a sucedernos en el ejercicio de la profesión notarial.

De nuestra formación, de nuestro conocimiento del Derecho y de nuestro prestigio como profesionales honestos, se debe beneficiar la sociedad a través de nuestra participación en todas aquellas actividades en las que nuestra colaboración pueda aportar algo de nuestro saber.

En ese sentido quiero apuntar las siguientes consideraciones:

1.^a Los notarios jóvenes, en sus respectivos pueblos, deben colaborar en las actividades culturales que se organicen. Es más, deben ser pioneros e instar a los responsables municipales la celebración de charlas culturales de todo tipo, incluso, por supuesto, de Derecho.

Los pueblos son muy agradecidos. Una charla sobre aspectos familiares y sucesorios convierte el coloquio en un consultorio, pero eso es muy importante. La imagen y prestigio del notario aumenta.

2.^a Las Juntas Directivas, bien directamente, bien instando a las Comisiones de Cultura, deben proyectar la formación del Notariado en los siguientes órdenes:

a) Necesidad de colaborar con la Universidad.

Debe haber notarios dando clases en la Universidad y las Juntas Directivas deben ofrecer notarios para impartir clases prácticas de determinadas materias.

b) Necesidad de colaborar con los jueces, abogados, registradores, Universidad y otras instituciones.

Es necesario y muy beneficioso para el prestigio del notario colaborar con otros profesionales del Derecho, a fin de organizar conjuntamente ciclos de conferencias, coloquios, mesas redondas, publicaciones y otras actividades semejantes.

c) Necesidad de ofrecer a los Parlamentos Autonómicos la colaboración del Colegio Notarial respectivo.

La preparación técnica del Notariado puede prestar un gran servicio a la sociedad a través de esta colaboración. En ese sentido destacar que en Cataluña y en el País Vasco ya está funcionando.

d) Necesidad de ofrecer la colaboración del Colegio Notarial a las instituciones públicas.

En este punto destacar que, por lo menos, en algunas comunidades autónomas, como por ejemplo Aragón, ello puede ser muy beneficioso para los consumidores, desde el punto de vista fiscal.

e) Colaboración e integración del Notariado en las instituciones que tienen por finalidad la defensa del consumidor, en especial, las asociaciones del consumidores. Nuestra aportación les puede resultar muy beneficiosa y el Notariado presta un gran servicio a la sociedad, precisamente a la parte más débil de la misma.

3.^a La Junta de Decanos ya trabaja en ese sentido a través de la Comisión de Imagen, programas radiofónicos, y otras actividades.

Las relaciones con el Parlamento Nacional y las instituciones públicas de la Administración Central, por su propia organización, ofrecen mayores dificultades de colaboración. Pero por ello no se debe dejar de insistir en el ofrecimiento.

Hay que buscar y encontrar los cauces de comunicación con la Administración. Es tan difícil como necesario y por ello todo esfuerzo en este sentido será poco.

3. La deontología notarial en relación con los compañeros

3.1. Necesidad de fomentar el compañerismo y la solidaridad entre todos los notarios.

169

El significado del término compañerismo nos lo da la Real Academia, “vínculo entre compañeros” y en su segunda acepción “armonía y buena correspondencia entre ellos”. Como dice JUAN FRANCISCO DELGADO, la solidaridad es algo mucho más frío. Para la Real Academia “modo de derecho u obligación *in solidum*” y en su segunda acepción “adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros”. Aquí la empresa es nuestra, de todos, y nuestra adhesión no es en modo alguno circunstancial sino que debe estar vinculada de por vida al extenderse más allá del propio ejercicio profesional.

El compañerismo y la solidaridad entre todos los notarios son principios básicos que deben conformar el comportamiento personal y profesional en su ámbito más amplio. La actitud noble y desinteresada de un compañero, es un ejemplo que beneficia el prestigio del Notariado como institución, en la misma medida que le perjudica el hacer inmoral, egoísta e interesado del mal llamado compañero.

Hemos de reconocer que las relaciones entre compañeros se pueden analizar desde tantas perspectivas, desde tantos puntos de vista, como posibilidades nos ofrecen las relaciones humanas en general. Para muchos de nosotros, el hecho de compartir la misma profesión, por el mero hecho de ser notarios, la relación personal proyecta inmediatamente multitud de canales, de cauces de comunicación hacia el otro y de la comunicación surgen el conocimiento y la relación, con todas las ventajas que ello, en el aspecto humano, tiene y comporta. Y si en las relaciones humanas es así, también debe ser del mismo modo en las relaciones profesionales. Si es la profesión la que en principio nos acerca, también tiene que seguir siendo el hecho de ser notario el determinante a seguir ahondando en ese tejido de relaciones de unos con otros, de las cuales surgen unas normas éticas, dictadas por nuestras propias conciencias, que nos indican las pautas de comportamiento con nuestros compañeros.

Para ello, las Juntas Directivas deben potenciar las reuniones de los notarios pertenecientes al Colegio, ya de todos, ya de ámbito más reducido, provincial, de distrito o incluso de la misma ciudad. Las reuniones son siempre enriquecedoras, se analizan cuestiones comunes a nuestra profesión, se intercambian pareceres, se crea un clima participativo con opiniones distintas sobre los temas tratados, y de ellas surgen iniciativas de esfuerzo colectivo en beneficio del Notariado en general.

En este sentido, entiendo muy acertada la idea de que las Juntas Directivas se reúnan periódicamente fuera de la capital del colegio, con los notarios de una determinada zona. De este modo, se crean los cauces de comunicación entre la base y los órganos rectores de una parte, y de otra, se fomentan las relaciones entre los compañeros de esa zona.

Fomentando el compañerismo y la solidaridad, las buenas relaciones entre compañeros evitarán que surjan problemas en materia de sustituciones, ausencias, vacaciones, visitas a pueblos que pueden hacer dos o más notarios, sospechas in-

fundadas sobre captación de clientes, organización de guardias entre varios notarios, etc.

Todo esfuerzo en este sentido, tanto desde el punto de vista individual, de cada uno, como del realizado por nuestros órganos rectores, redundará en beneficio del prestigio del Notariado y se beneficiará la sociedad.

El compañerismo y la solidaridad tienen tantas posibilidades de manifestación entre nosotros como situaciones diferentes nos puede presentar la vida real. Muchas veces el compañerismo va más allá del aspecto profesional y trasciende al personal. Otras, aun reducido el ámbito profesional, su ejercicio es ejemplar, va más allá de lo reglamentariamente exigible; y siempre encontramos casos de compañeros dispuestos con el mejor de los ánimos, a ayudar en todo lo posible a otros; el consejo, la ayuda y la recomendación sobre determinadas cuestiones y en ciertos momentos puede ser esencial. En estos casos la calidad humana del notario, su categoría como persona, enriquece la profesión que ejerce y de ello se benefician sus compañeros próximos y la institución notarial. Como decía GONZÁLEZ PALOMINO, lo esencial del notario es que sea buena persona, el derecho ya lo aprende.

171

Sin embargo, el compañerismo y la solidaridad, encuentran, como no podía ser de otra manera, una serie de manifestaciones en cuestiones concretas que quiero resaltar en esta ponencia, no como estudio de las mismas, sino como reflexión, para potenciar unas, estudiar y modificar en la medida de lo posible otras, y en todo caso, vigilar su correcta aplicación. Únicamente trato de apuntar aquellos aspectos que en estos momentos creo más importantes en el ejercicio de nuestra profesión, y lo intentaré hacer, no sabría hacerlo de otra forma, desde el punto de vista de un notario muy preocupado por la profesión y que cree que hay cuestiones que se deben estudiar, dar a conocer, debatir y decidir por todos los notarios, y todo ello sin demora.

3.2. La libre elección de notario.

El notario en su condición de profesional del Derecho, aconseja y asesora a quienes reclaman su intervención y esto exige, con frecuencia, poner en su conocimiento hechos y situaciones personales que difícilmente se comunicarían a un funcionario público *strictu sensu*. Por ello la posibilidad de establecer una relación personal y profesional con un notario, basada en la confianza que le merece tanto por ser notario, como por sus condiciones personales, contribuye a preservar la intimidad de las personas y, con ello, a garantizar uno de los aspectos personales de su libertad, como señalan los catedráticos de Derecho Administrativo, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ y SÁIZ MORENO.

172

El principio de la libre elección de notario es esencial, se basa en la confianza del particular con y en el profesional y tiene su fundamento en el carácter de profesional liberal del notario. Por ello, cualquier ataque a este principio lo es a la más pura esencia de la función notarial en los fundamentales aspectos del consejo y el asesoramiento.

En la práctica, la libre elección de notario está muy distorsionada. Los clientes en las grandes ciudades llegan a la notaría de manos de las empresas constructoras, entidades de crédito, gestorías, etc.

A ello el Notariado debe reaccionar en dos niveles:

1.º Individual de cada notario, procurando la efectividad de lo preceptuado en el artículo 142 del Reglamento Notarial: "Los notarios, en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán de que se respete el derecho de libre elección de notario" y "se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de notario por una de las partes con abuso de derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual".

El notario debe proclamar y enseñar este principio y hacerlo saber de inmediato a las partes si aparecieren en cual-

quier momento de la preparación o incluso del otorgamiento dudas sobre ello.

Una forma de llevarlo a cabo en la práctica puede ser, en igual manera a la establecida en la norma general undécima de los vigentes aranceles notariales, el anuncio, en lugar visible de la notaría, de tal derecho y de la posibilidad de recabar información del notario.

2.º A nivel corporativo, potenciando la información al público sobre el principio de libre elección de notario, incluso a través de los medios de comunicación social, al amparo de lo dispuesto en el artículo 327, 8.ª del Reglamento Notarial, que dice “Especialmente son obligaciones de la Junta Directiva:

... 8.ª Suministrar al público, incluso a través de los medios de comunicación social, información general sobre materias directamente relacionadas con la actividad notarial y, en particular, aquella información que, según las circunstancias, resulte adecuada para el mejor conocimiento y salvaguarda de los derechos de los particulares...”.

Desde las Juntas Directivas se vigilará, corregirá y, en su caso, sancionará toda práctica notarial que tienda a conculcar el derecho de los ciudadanos a elegir libremente su notario.

Sin embargo, una cosa es la formulación teórica de este principio y otra muy distinta la realidad. En las poblaciones donde hay demarcada una sola notaría el cauce natural es la relación con el notario titular, salvo casos de desviaciones, siempre ocasionales, que pueden obedecer y obedecen a multitud de causas. En las ciudades con varias notarías, los ciudadanos que acuden con frecuencia a solicitar los servicios de un notario, tienen los elementos de juicio suficientes para decidir en un sentido u otro; sin embargo la mayoría de las personas que van a la notaría dos o tres veces en su vida, la compra del piso, el préstamo hipotecario, el testamento y quizás algún poder o acta, lo normal es que si la otra parte es una gran empresa constructora o una entidad

de crédito, ya les indiquen, con más o menos grado de imposición, según los casos, el notario que va a formalizar la operación y es precisamente en este mayor o menor grado de imposición, que puede ir desde una mera indicación a la imposición inflexible del notario, el punto en que se ve cercenada la voluntad del ciudadano a elegir notario.

Si el ciudadano en concreto tiene también su criterio y su decisión en cuanto al notario que desea, tiene dos vías, imponer su voluntad a la otra parte, o bien no ceder y utilizar los medios a su alcance para lograr la efectividad de su derecho; en último término cabría denunciar dicha situación al organismo competente. Pero no nos engañemos, en la mayoría de las ocasiones los clientes de las grandes empresas y de las entidades de crédito llegan a la notaría conducidos por éstas.

174

En la contratación en masa el cliente del notario no es el ciudadano de la calle, no es el consumidor, es la constructora, el banco o la caja, la gestoría, etc.

Y esto, en principio, no es censurable. Lo que verdaderamente hay que señalar en estos casos es lo siguiente:

1.º El notario debe ejercer su función correctamente. Debe asesorar al cliente ocasional, al consumidor, a fin de que esté perfectamente enterado del negocio que celebra y sus efectos. Debe controlar la legalidad caso por caso. Debe desechar cualquier práctica, muy aireadas, de corruptelas en el ejercicio de la profesión.

2.º Las firmas de documentos fuera del despacho, cuando no hay causa objetiva para ello, caso de firmas en bancos, cajas, empresas, causan una serie de efectos perjudiciales:

— Para el notario. Su imagen como profesional del derecho que ejerce una función pública se ve debilitada ante la otra parte. Su dignidad como profesional puede verse afectada psicológicamente.

— Para el ciudadano. Ve al notario como profesional imparcial pero que “cede” ir a formalizar el negocio fuera de su habitat natural que es su despacho.

—Para el propio documento. El notario tiene en su despacho los medios personales y técnicos adecuados para afrontar cualquier eventualidad que se presente al momento de firmar, así la presentación a última hora de poderes, capitulaciones, errores, etc. En el despacho y dados los actuales sistemas informáticos no hay problema para solucionarlo casi sobre la marcha. Sin embargo, al estar fuera es imposible o muy dificultoso.

Por ello los órganos rectores del Notariado, lógicamente apoyados por todos los notarios, deben estudiar esta situación que es el pan nuestro de cada día a fin de buscar las soluciones adecuadas, que respetando los derechos de los consumidores y de los clientes en general, permitan que la función notarial sea ejercida con la dignidad necesaria y cumplir el fin para el cual ha sido concebida: “dar seguridad jurídica”.

En este punto desde fuera del propio Notariado ya hemos oído las primeras quejas por las firmas en las entidades de crédito. Las asociaciones de consumidores se están moviendo en este sentido. La imparcialidad del notario puede quedar afectada en su aspecto externo, en su imagen, cuando se traslada a firmar la escritura desde su despacho al despacho del cliente fuerte. La forma en nuestra profesión es esencial y en este aspecto la estamos descuidando en exceso.

De acuerdo que las exigencias de la sociedad actual son distintas, que los grandes clientes necesitan de la rapidez y proximidad de nuestros servicios. Pero estos servicios prestados de esta forma y con los inconvenientes que he apuntado anteriormente, pueden degradar ante la opinión pública nuestra función. Sinceramente pienso que el Notariado debe trabajar en este punto a fin de encontrar la solución adecuada teniendo lógicamente en cuenta los derechos de todos, empresas, entidades de crédito, consumidores, etc., quienes forzosamente deberán ser oídos.

La Disposición Adicional Primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y añade en el punto seis una Disposición Adicional Primera que dispone que a los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

“27. La previsión de pactos..., así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”.

La libertad de elección de notario por el público, principio común con otras profesiones, tiene, sin embargo, a diferencia de éstas, un reverso: la obligatoriedad, por parte del notario, de prestar el servicio solicitado.

Los preceptos son claros. El artículo 2.º de la Ley del Notariado dice que: “El notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes”. Y, en la misma línea, el párrafo 3.º del artículo 3.º del Reglamento Notarial dispone: “La prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida”. Criterio en el que abunda el artículo 145 del Reglamento Notarial, que, no obstante, impone al notario el deber de negar la autorización: cuando el acto o contrato a instrumentar carezca de los requisitos necesarios para su plena validez, o sea contrario a las Leyes, a la moral o a las buenas costumbres. Es el control de legalidad ya visto.

Baste señalar que la obligatoriedad de la prestación de la función tiene su fundamento en el carácter de funcionario público que el notario ostenta, y en el número limitado de notarios señalado por la demarcación notarial; limitación de

número, por otra parte, que como dice RODRÍGUEZ ADRA-
DOS, no sólo deriva de su función sino de la misma esencia
del notario como profesional imparcial. Al profesional que
se precisa imparcial, sólo cabe exigirle una competencia mo-
derada, no ilimitada.

3.3. El respeto a la competencia territorial.

El notario no debe acudir a un distrito notarial, distinto
del suyo, para pedir informes, tener consultas o realizar cua-
lesquiera de los actos previos que fueren precisos para auto-
rizar documentos o ejercer cualquiera de sus otras funciones.

La competencia lícita, cuando el trabajo profesional se
distribuye en régimen de libre concurrencia, exige cumplir
con los más altos principios de la moral profesional a fin de
mantener la verdadera y auténtica libertad de elección. La
práctica tiene establecidos una serie de principios que con-
cretan lo que se entiende por libre concurrencia y uno de
ellos es el que sirve de enunciado a este punto. La resi-
dencia del notario y su jurisdicción no sólo abarca la pres-
tación de fe pública, sino que se extiende a cualesquiera de
los otros aspectos de su función como jurista o consejero.
Cualesquiera de ellas no deben ser ejercidas fuera de su
distrito porque entrañarían un claro supuesto de competen-
cia desleal perfectamente sancionable. El notario que fuera
requerido, debe abstenerse de realizarlo justificando su reso-
lución en base a las reglas expuestas.

Los aspectos reglamentarios son de todos conocidos, ar-
tículos 116 y siguientes del Reglamento Notarial. Fuera de
su distrito el notario carece de fe pública, salvo en los ca-
sos de habilitación especial. La actuación de un notario en
el término municipal del lugar en que tenga su residencia
otro notario, o fuera de su zona, caso de que el distrito se
haya dividido en zonas, se hará conforme dispone el Regla-
mento Notarial y con los efectos en él previstos.

Las actuaciones fuera del distrito, caso de haberlas, cons-

tituyen falsedad; el documento no es público. En la práctica, dada la gravedad de la infracción no he tenido conocimiento, ni siquiera por vía de rumor, de su existencia.

Más problemas plantea en la práctica la existencia de zonas “de hecho” en distritos determinados y que cuando llega un notario nuevo no está conforme y no respeta la situación fáctica anterior. En estos supuestos a fin de mantener la buena imagen del Notariado deben tratar los interesados, por todos los medios, llegar a una solución razonable y en todo caso intervenir las juntas directivas para resolver el problema planteado teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

Sin embargo, en la práctica la falta de respeto a la competencia territorial tiene su principal manifestación en la captación de documentos de otros lugares donde a un notario nada se le ha perdido como no sea, como dice JUAN FRANCISCO DELGADO, la vergüenza.

178

Esta captación de documentos tiene diversas manifestaciones, entre ellas la presencia continuada del notario autorizante en pueblos y zonas colindantes para fomentar amistades y así obtener documentos. La casuística es muy variada y caso de existir indicios de actuaciones no reglamentarias, inmorales o falta de ética profesional, se debe instar la intervención de las juntas directivas.

En este sentido el RD 515/1989, de 21 de abril determina que en todo caso, el consumidor no podrá imponer notario “que por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio”.

Por último destacar lo dispuesto en los artículos 124 y 125 del Reglamento Notarial:

Artículo 124: “El notario que actúe en la residencia o en la zona de otro cuando pueda o deba hacerlo, cumpliendo lo preceptuado en el presente Reglamento, abonará al titular o titulares de la mencionada residencia o zona el 50 por 100 de los honorarios que por autorización de la matriz

perciba con arreglo a arancel, debiendo hacer constar el abono en los índices y remitir con los mismos a la Junta Directiva el justificante de haberlo realizado, y en caso de no haberlo satisfecho enviará su importe a dicha Junta para su entrega al interesado”.

Artículo 125: “La infracción del régimen mencionado, actuando indebidamente en la residencia de otro notario o en las zonas notariales, además de la corrección disciplinaria que proceda, motivará la pérdida total de honorarios, que experimentará el notario infractor en beneficio del titular o titulares de la residencia o zona no respetada. Caso de reincidencia, los honorarios que deberá abonar a sus compañeros serán elevados al doble de los que haya percibido”.

3.4. El turno de reparto de documentos.

Como ya estudiábamos en los temas de Derecho Notarial de Ávila, el turno de reparto de documentos tiene una justificación y una finalidad. Se justifica, como excepción al principio de libre elección, por el hecho de que para el Estado y demás entidades oficiales todos los notarios merecen la misma consideración, y, en consecuencia, no pueden elegir de la misma forma en que lo hace un particular. Y la finalidad es asegurar a los notarios un mínimo de trabajo, lo que suponía una forma de asegurar la independencia del notario. Más tarde, el Real Decreto 1689/1980, de 24 de julio, introdujo el párrafo tercero del artículo 134 del Reglamento Notarial que dispone: “El reparto desigual de turno deberá ser establecido por las Juntas Directivas en todos aquellos casos en que entre los volúmenes de trabajo de los notarios de una localidad existan diferencias que sean excesivas”.

Con el turno se reparte trabajo y las Juntas Directivas al amparo del precepto citado tienen la posibilidad de potenciar la solidaridad corporativa estableciendo el reparto desigual del turno entre los notarios de una localidad.

El Decreto de 22 de julio de 1967 incluyó en el turno de reparto a los organismos autónomos dependientes del Estado, provincia y municipio, la banca oficial, y un conjunto de entidades similares a las cajas de ahorros, lo que dio pie a interpretaciones rigurosas que incluían en ellas a las personas jurídicas privadas al servicio de la Administración pública y a los bancos controlados por el Estado. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado favorecieron la expansión del turno como elemento corrector de las macronotarías.

— *Su importancia tras la Ley 33/1987 de Presupuestos Generales del Estado para 1988.*

180

La Disposición Adicional Décima de la Ley de Presupuestos para 1988, 33/1987, excluye del turno de reparto al Instituto de Crédito Oficial, entidades oficiales de crédito, Caja Postal de Ahorros y cajas de ahorro “sin perjuicio de las disposiciones internas que, sobre mecanismos compensatorios y mutualismo, establezcan los correspondientes órganos colegiados, en relación con esta materia”.

La importancia práctica de esta disposición es de todos conocida. Todas las entidades oficiales de crédito y las cajas de ahorro fundamentalmente, han quedado excluidas del turno de reparto de documentos. En consecuencia, estas entidades pueden elegir notario libremente, como cualquier otra entidad privada o ciudadano de a pie.

Las consecuencias pueden llegar a ser espectaculares, beneficiando a unos notarios en perjuicio de otros. Y la única forma de mitigar, en la medida de lo posible, estos efectos desequilibradores son los mecanismos de compensación y mutualistas que pueden establecer los correspondientes órganos colegiados.

Sobre este punto esencial en el ejercicio de nuestra profesión y que excede con mucho las posibilidades de esta ponencia, quiero hacer una serie de reflexiones:

1.^a El turno de documentos ha quedado prácticamente

vacío de contenido si lo comparamos con la situación anterior.

2.^a En la situación actual, los órganos colegiados del Notariado muy poco pueden hacer para repartir el trabajo de forma desigual entre los notarios de una localidad, y con ello tratar de paliar las grandes diferencias existentes entre unas notarías y otras.

3.^a Ya no estamos ante la finalidad del turno, repartir trabajo, que es lo que dignifica la profesión y al profesional, sino ante unos mecanismos compensatorios que tienen como causa el principio de solidaridad corporativa y como forma de conseguirla, como finalidad, repartir dinero, con lo que ni al que lo da ni al que lo recibe, salvo situaciones extremas, les parece bien, uno trabaja sin cobrar y el otro cobra sin trabajar.

4.^a Por muy desagradable que nos parezca, la realidad es que la posibilidad de establecer los mecanismos de compensación y mutualistas la tenemos ahí, en vigor, y por ello los órganos colegiados pueden establecer disposiciones internas en relación con esta materia.

Y será el propio Notariado a través de sus órganos de representación el que decida el camino a seguir. Hasta la fecha hay soluciones teóricas y prácticas para todos los gustos. Cada colegio funciona de forma autónoma e independiente; no hay criterios uniformes para todos. Y por otra parte, en cada colegio una cosa es lo que se dice, otra lo que se hace y pocas veces se inspecciona y se obliga a cumplir.

5.^a Los mecanismos compensatorios y mutualistas ¿sobre qué tipo de documentación se establecen? Varias posibilidades:

— Únicamente sobre los documentos que en la situación anterior eran turno. Esta solución que puede tener argumentos de fondo a favor, tiene el grave inconveniente de la posibilidad de tener que pagar un notario que trabaje los asuntos de una caja, a otro notario que trabaje los de va-

rios bancos importantes, con un volumen mucho mayor y una notaría de mayores proporciones.

— Sobre los documentos de las entidades de crédito, ya sean oficiales o privadas, todos los bancos y cajas.

— Sobre todos los documentos de cuantía de la notaría.

— O bien sobre todos los ingresos brutos de la notaría.

6.^a Otro aspecto a resaltar y que se da con frecuencia en la práctica son los documentos sobre fincas sitas en un pueblo, otorgados por personas residentes en ese pueblo, y que, sin embargo, por diversas causas, se formalizan en otro pueblo donde tiene su residencia otro notario, o bien en la capital de la provincia.

El tema es importante ya que el notario se ve privado del asunto de su pueblo, que puede ser muy importante para él, tanto desde el punto de vista económico como de su dignidad profesional. Aquí el compañerismo y la solidaridad notarial, en especial con asuntos pertenecientes a notarías de entrada o de muy bajo volumen de trabajo, deben alcanzar sus mayores niveles de sensibilidad hacia ese compañero joven.

182

Y desde la perspectiva del turno de reparto de documentos y los mecanismos de compensación interna, la importancia radica en la aplicación práctica de esas disposiciones internas en el ámbito interlocal. Es un aspecto muy importante ya que resalta más la solidaridad corporativa y está relacionado con todo lo dicho hasta aquí.

Como pone de manifiesto JOSÉ MARÍA BADÍA, una circular del Consejo General del Notariado de 20 de septiembre de 1996 “Recomendaciones de la Junta de Decanos –Consejo General del Notariado– en relación a los mecanismos compensatorios”, recoge lo siguiente:

1.^a Oportunidad y conveniencia de que las Juntas Directivas de los Colegios establezcan sistemas o mecanismos compensatorios.

2.^a La competencia para establecer normas sobre mecanismos de compensación corresponde a las Juntas Directivas

y a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Las facultades de las Juntas Directivas no son ilimitadas. La DGRN en sus resoluciones de 16 de mayo de 1990, 13 de junio de 1990, 8 de enero de 1992, 3 de febrero de 1992 y 3, 4, 5 y de septiembre de 1995, ha señalado una serie de criterios que hay que respetar:

A) Subjetivo. Sólo puede abarcar a los documentos de la Disposición Adicional Décima.

B) Objetivo. Se debe prescindir de cualquier consideración subjetiva del destinatario del fondo, evitando cualquier solapamiento con la normativa asistencial o mutualista, y sin perjuicio de las medidas extraordinarias, limitadas temporalmente, que en cualificadas circunstancias también de carácter objetivo pueda adoptar la Junta Directiva estableciendo un reparto desigual dentro del mecanismo de compensación.

C) Valorativo. Pues si el sistema turnal responde a la necesidad de asegurar la “decorosa subsistencia”, el principio de libertad de elección de notario cohonestado con el de igualdad frente al cliente poderoso junto a la sustitución del reparto de trabajo por el de fondos entrañan correcciones valorativas.

D) Y por último temporal, por la propia mutabilidad y transitoriedad hasta que queden corregidos los desequilibrios producidos por la norma.

3.^a Considera que deben incluirse en tal mecanismo compensatorio todas las escrituras otorgadas por cualesquiera entidades de crédito o financiación, públicas o privadas no sujetas a turno oficial y que documenten actos o negocios jurídicos típicos de su actividad financiera (no sólo los de la Disposición Adicional Décima).

4.^a Deben excluirse las “previas”, los sin cuantía y los “no financieros” de dichas entidades.

5.^a La aportación debería ser no inferior al 10 por 100.

6.^a Y la participación de todos, aunque las Juntas podrán acordar criterios de distribución no igualitarios.

7.^a Considera positiva la previsión de la creación de un fondo no repartible con los criterios generales para atender a situaciones especiales que afecten a determinados notarios, procurando que tales atenciones se determinen con criterios objetivos.

8.^a El mecanismo compensatorio se debe apoyar en un sistema contable que permita su transparencia y control.

9.^a La unanimidad de los notarios de la localidad prevalece. Y en todo caso los acuerdos requerirán la aprobación de la Junta Directiva.

3.5. El compañerismo y la solidaridad en relación con:

a) *Los notarios recién aprobados hasta la toma de posesión de su primera notaría.*

184

Durante este período de tiempo los nuevos compañeros olvidan la oposición y se introducen de lleno, con toda la ilusión del mundo, en la nueva tarea que les espera, el ejercicio de la profesión notarial con toda la problemática que el inicio de cualquier actividad conlleva. Desde ordenar las notarías a solicitar, hasta pedir los mínimos detalles de instalación del despacho, son múltiples los aspectos en que los notarios recién aprobados necesitan de la colaboración, consejo y ayuda de los compañeros ya ejercientes.

Quiero destacar, desde mi conocimiento directo de la situación por mi actividad de preparación, que la colaboración que reciben es siempre excelente, magnífica. Los notarios con años de ejercicio tenemos una especial sensibilidad hacia los problemas planteados a los nuevos compañeros y siempre el consejo, la colaboración y la ayuda es digna de resaltar.

La manifestación más clara del compañerismo hacia los nuevos notarios es la organización de las jornadas de El Escorial, Toledo, Ávila y Sevilla, cada año en un lugar distinto, a fin de introducirles en las cuestiones prácticas de la profesión. Así como las prácticas que los Colegios Notaria-

les van realizando con los nuevos compañeros al mismo destinados a fin de “acercarles” aspectos prácticos de la función notarial y del Derecho común o especial que en cada Colegio sea aplicable.

Todo ello sin perjuicio de que cada nuevo notario, dos o tres meses antes de tomar posesión, hace prácticas con un notario ya ejerciente, en su notaría, similar en la medida de lo posible a la que va a ir destinado y ello le permitirá un “bautismo profesional” más suave.

b) *Los notarios de entrada.*

El servicio público notarial exige la demarcación de notarías en pueblos que producen un volumen de trabajo insuficiente para el mantenimiento del notario titular. Por ello nos encontramos que el servicio notarial está cubierto, satisfactoriamente cumplido, y sin embargo el notario encargado de prestarlo no obtiene los rendimientos económicos suficientes para vivir dignamente, en casos extremos, casi ni para subsistir, si no dispusiera de ayudas externas.

A ello el Notariado ha prestado su ayuda de dos formas distintas y compatibles entre sí:

1.^a La subvención por residencia. Estas notarías deben ser calificadas como tales y el notario debe cumplir todos los requisitos que establece el Reglamento Notarial. Hasta aquí de acuerdo.

Sin embargo, es una cantidad vergonzosa la que reciben estos notarios en la actualidad, cien mil pesetas al año. No hace falta ninguna explicación.

2.^a La regulación de las notarías congruas. Si un notario no hace en un año setecientos cincuenta folios tiene derecho a recibir cinco mil pesetas por cada folio que falte hasta ese número.

Los notarios nuevos con gastos de instalación de despacho y notarías de muy bajos ingresos, no pueden esperar un año a recibir esta cantidad, por ello solicitan el anticipo de congrua que en la práctica funciona de la siguiente manera:

El notario recibe ciento setenta y cinco mil pesetas al mes durante el primer año. Al terminar se "hacen cuentas". Si ha hecho más de setecientos cincuenta folios debe devolver todo lo recibido en el plazo de tres años, a partes iguales, y con un interés que varía según el mercado. Si ha hecho menos de esos setecientos cincuenta folios, las cuentas se hacen devolviendo todo lo que ha recibido de más, esto es, si ha hecho quinientos folios tiene derecho a una cantidad de doscientos cincuenta folios a cinco mil pesetas, el resto adelantado en esas ciento setenta y cinco mil pesetas mensuales lo debe devolver en la forma indicada.

En la práctica la congrua resulta poco efectiva. En notarías malas de solemnidad, hacen folios y tienen que devolver prácticamente la totalidad de la cantidad recibida.

Estas ayudas junto con los préstamos que da la Mutualidad a los notarios de entrada deben ser objeto de estudio y revisión inmediata.

Además de lo expuesto quiero destacar el espíritu de colaboración, ayuda y consejo que los notarios ya ejercientes durante años vienen prestando a los nuevos compañeros. Las relaciones de vecindad en estos casos suelen ser excelentes dada la sensibilidad que todos tenemos hacia los nuevos.

3.6. Participación en los órganos corporativos.

El Notariado como institución tiene que cumplir una serie de obligaciones, tanto en el ámbito interno como en su proyección externa, para el mejor cumplimiento de su función de servicio a la sociedad: dotar a los ciudadanos de la seguridad jurídica en el ejercicio de la fe pública extrajudicial.

El notario ejemplar, perfectamente preparado y actualizado en el aspecto técnico, que atiende con cordialidad y simpatía a las personas que demandan su servicio, resuelve los asuntos con celeridad y acierto, e incluso participa activamente en la vida social de la localidad de su residencia, es un notario que con su comportamiento contribuye, y de for-

ma muy importante, a mantener e incluso aumentar el prestigio de nuestra institución. Sin embargo, si no asiste a las reuniones del colegio, no participa en actividades corporativas, rehusa formar parte de la Junta Directiva, se niega a colaborar con la Comisión de Cultura, no dedica ni un minuto de su vida a preparar opositores o redactar temas, en fin, se olvida por completo de esas obligaciones corporativas que tiene el Notariado como colectivo, es un notario que está actuando mal, abandona su participación obligatoria como miembro de la corporación y ese trabajo, o queda sin hacer o recae sobre otros.

Por ello nuestras obligaciones como notarios no se agotan en el ejercicio correcto de nuestra profesión. Existe un fin corporativo, un fin común de todos, al que cada uno debemos aportar nuestro esfuerzo, colaboración y tiempo en cuantas actividades y labores puedan afectar al logro de ese fin. Si todos nos quedamos en nuestros despachos y ninguno se dedica a las tareas corporativas, si cada uno de nosotros pensamos y hacemos lo mismo "que lo hagan los demás", el desprestigio, deterioro y desaparición del Notariado tal y como ahora está concebido, estaría muy próximo.

187

Cada vez son mayores las obligaciones, responsabilidades y esfuerzos exigidos a la institución notarial y en los más diversos campos. Hay que estar presentes en multitud de tareas y actividades. Y esto únicamente es posible con el esfuerzo de la mayoría, cuantos más mejor.

Es necesaria la participación, la colaboración y el esfuerzo de todos en pro del Notariado. Es precisa y urgente la concienciación de que las soluciones a nuestros problemas dependen en parte de nosotros, y para ello sólo hay una forma de conseguirlo, trabajar y trabajar. Debemos aportar todos, pues las actividades son muchas y llevadas entre pocos es imposible, y además no es justo.

Así, debemos participar en las Juntas Directivas cuando se nos reclame; formar parte de las comisiones de ellas dependientes; asistir a reuniones, con ello los órganos rectores

se ven respaldados. Mal podemos protestar, y esto es muy común, de que el Colegio no funciona; el Colegio no es que sea de todos, el Colegio somos todos, y funcionará o no, si entre todos colaboramos a ello. El Colegio es la fiel imagen, la expresión real de sus colegiados.

Quizás el problema surge cuando no se crean, o no se saben crear, los cauces de comunicación necesarios entre las bases del notariado y los órganos rectores a fin de involucrar en tareas de esfuerzo colectivo a notarios individualmente dispuestos pero que no saben, o no encuentran, esa posibilidad de colaboración en la actividad que podrían prestar.

El ejercicio honesto de la profesión no se agota en el propio despacho. La participación en los órganos rectores y el formar parte de las Juntas Directivas, comporta una serie de obligaciones, unas cargas que se deben asumir, no como idea de cargo, sino con una vocación de servicio y sacrificio en aras del mejor cumplimiento de la función notarial.

188

Formar parte de la Junta Directiva o de las comisiones por ella designadas constituye un honor. Representar a compañeros para cumplir tareas colectivas que nos afectan a todos, es un reconocimiento, un voto de confianza a nuestras cualidades personales y profesionales que debemos recibir como un acto de servicio al fin común del Notariado.

Las Juntas Directivas deben cumplir todas y cada una de las obligaciones que les impone el Reglamento Notarial, artículos 327 y siguientes. En especial:

—Deben trabajar para hacer más rica e intensa la vida colegial. Que los notarios se sientan próximos al Colegio. Y ello organizando las comisiones y actividades necesarias para que el Colegio sienta el orgullo del trabajo bien hecho.

—Deben tener imaginación y capacidad organizativa para atraer a la mayoría de los colegiados a las tareas de esfuerzo colectivo. Crear esos cauces de comunicación a que me refería anteriormente a fin de ilusionar a los notarios del Colegio para que su participación no sea meramente pasiva. Deben saber hacer trabajar a los colegiados; por eso, y esto

es así, si se encargan trabajos con responsabilidad, los dispuestos a llevarlos a cabo son muchos más de lo que a primera vista nos puede parecer. Saber dirigir es difícil y quizás aquí esté uno de los problemas del Notariado, no que se dirija mal, ésta es otra cuestión, sino que en esa función de representación y dirección de la institución es imprescindible el carisma personal de nuestros representantes a fin de involucrar en tareas corporativas a cuantos más mejor.

Los integrantes de las Juntas Directivas, como ya he dicho, se deben guiar en el cumplimiento de sus obligaciones por el espíritu de servicio a la función y profesión notarial. En ocasiones tendrán que auxiliar y ayudar al compañero necesitado que lo demande. Otras veces tendrán que afrontar la desagradable tarea de advertir, corregir, sancionar y en su caso denunciar al compañero que incumple sus obligaciones como notario. Si ello no se hace se está incumpliendo, se está engañando no sólo al Notariado, sino a todos compañeros que ejercen correcta y honestamente su profesión.

189

En este sentido, es necesaria e imprescindible para el Notariado, una labor de concienciación. Deben formar parte de las Juntas Directivas los compañeros con capacidad de dirección, autoridad moral y disponibilidad absoluta para defender el cumplimiento de los deberes funcionales de los notarios, advirtiéndolo, corrigiendo y sancionando en su caso. Como ya he dicho, el Notariado o se corrige desde dentro, o desde fuera las consecuencias serán mucho peores.

3.7. Aspectos concretos de un comportamiento éticamente correcto con los compañeros.

a) *Publicidad no permitida.*

El artículo 71 del Reglamento Notarial dispone:

“El estudio del notario tendrá la categoría y consideración de “oficina pública”.

Podrá anunciarse el local de la misma, mediante una placa esmaltada con el emblema del Notariado, en forma similar a la de la medalla, orlándolo con el nombre del notario, sus apellidos y el lugar de la residencia.

En modo alguno los notarios podrán anunciarse directa o indirectamente a título de sucesores de un titular de la misma notaría.

Las Juntas Directivas podrán adoptar medidas sobre la forma y dimensiones de las placas anunciadoras”.

Es decir, reglamentariamente se determina el aspecto positivo de la publicidad, cómo se puede hacer, y el negativo, qué es lo que no se puede hacer.

El artículo 71 del Reglamento Notarial atribuye a las Juntas Directivas facultades para adoptar medidas sobre la forma y dimensiones de las placas anunciadoras.

190 El artículo 17 del Reglamento de Granada establece unas dimensiones máximas (25 x 25 ó 20 x 30) y el 18 regula minuciosamente que “En ningún caso se permitirá la colocación de carteles, rótulos u otros anuncios luminosos o no, ni placas en buzones, ventanas, voladizos, chaflanes...”, regulación que podrá considerarse excesivamente minuciosa pero al parecer necesaria para evitar el bochorno que producen carteles que desde las alturas parecen anunciar un comercio incompatible con el ejercicio discreto de una noble profesión.

Especial consideración merece la regulación dada por el artículo 64 del Reglamento de Valencia que prohíbe el empleo de placas en las que figure la palabra “notaría” sin que vaya seguida del nombre y apellido del notario (con excepción en caso de notaría única) en un loable empeño de personalizar el despacho, así como las normas relativas a «saludas» y contratación y anuncio de teléfono que debieran ser obvias, pero que evidentemente no lo son.

La publicidad no está permitida y la infracción de este principio se puede configurar al amparo del artículo 348-4 del Reglamento Notarial como falta muy grave “la compe-

tencia ilícita reiterada en cualquiera de sus formas...”, o según el artículo 349-3 RN como falta grave “el ejercicio no personal de la profesión y el acaparamiento de asuntos por medios reprobables”.

b) *Captación de empleados.*

Las relaciones del notario con sus empleados están reguladas por la legislación laboral y por los convenios colectivos que con ámbito colegial se celebran cada año.

Por ello es la legislación laboral la reguladora de estas relaciones con especial protección a los intereses del empleado-trabajador frente al notario-patrono. El principio de libertad de contratación es esencial en la materia.

Sin embargo, dos observaciones desde el aspecto ético de la corporación notarial:

—No es frecuente, mejor dicho, no existe en la práctica la contratación de un empleado que trabaja con un notario, por otro. Si se produce el caso, las buenas maneras aconsejan y así se hace, la existencia con carácter previo de conversaciones y cambio de impresiones entre los notarios.

—Cuando una notaría queda vacante por traslado, jubilación o fallecimiento de su titular, la postura correcta es respetar al nuevo notario el conjunto de empleados del anterior. Esta cuestión en la práctica ya no es admitida por todos los compañeros y algunos aprovechan la situación de vacancia para “fichar” empleados de alta cualificación y “muy relacionados” en el mundo notarial.

Reglamentariamente el artículo 349-5 del RN califica de falta grave “la utilización de procedimientos contrarios a la buena fe en la contratación del personal con manifiesta insolidaridad respecto de otros compañeros”.

c) Relaciones entre compañeros en relación a clientes, documentos y cuestiones técnicas.

Sin perjuicio de excepciones, como principio general de comportamiento profesional avalado por mi experiencia, quiero resaltar los siguientes aspectos:

— Si un notario recibe un asunto de un cliente y le consta lo ha iniciado previamente con otro notario, lo habitual es la comunicación al notario que ha comenzado el trabajo a fin de clarificar la situación. Y si no hay motivo razonable para este desplazamiento del trabajo a realizar, debemos advertir al cliente que por ética debe ser el primer notario quien debe formalizar el documento.

— Si un notario observa defectos en las escrituras de otro notario, lo normal, lo éticamente correcto y lo que me consta sucede en bastantes ocasiones es advertirle de estos errores a fin de evitarlos en el futuro.

— Es frecuente y práctica habitual comunicarse entre compañeros cuestiones del despacho a fin de comprobar si el criterio de uno es corroborado por el otro. Así como también el estudio por varios compañeros de las leyes nuevas y cuestiones prácticas que surgen a fin de comunicarlos a todos.

En este sentido, destacar la gran labor que en cada Colegio realizan las academias y las Comisiones de Cultura.

4. La deontología notarial en relación con el Estado

JUAN FRANCISCO DELGADO, en su calidad de coordinador internacional de esta ponencia, vincula en este caso la deontología notarial de un modo especial a la condición de funcionario público del notario y al modo con que ejerce fielmente la delegación de poder que el Estado le hace para el ejercicio de la fe pública.

Y en este sentido destaca en su esquema aspectos ya desarrollados por este ponente en la primera parte, y que algunos de ellos resumiremos aquí:

4.1. Imparcialidad.

El artículo 147 del RN en su párrafo tercero dispone: "Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella".

El incumplimiento del deber de imparcialidad del notario lo podemos considerar incluido como falta muy grave al amparo del artículo 348-7 del RN cuando tipifica como faltas muy graves de los notarios: "En general, el incumplimiento continuado o reiterado de deberes reglamentarios... con grave menoscabo de la función notarial o perjuicio para terceros".

193

En el ámbito del deber de imparcialidad del notario debemos destacar la regulación de la nueva Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La presente Ley tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, y se dicta en virtud de los títulos competenciales que la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.6.^a y 8.^a, por afectar a la legislación mercantil y civil.

Se ha optado por llevar a cabo la incorporación de la Directiva citada mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su Disposición Adicional Primera, modifique el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En su exposición de motivos destaca que: “La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”.

Distingue lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación.

194 “Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de la nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de

tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.”

En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley. De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

En el artículo 10 bis y en la Disposición Adicional Primera de la misma Ley, que lo desarrolla, se han recogido las cláusulas declaradas nulas por la Directiva y además las que con arreglo a nuestro Derecho se han considerado claramente abusivas.

Con ello se ejercita la facultad del Estado obligado a transponer la Directiva comunitaria de poder incrementar el nivel de protección más allá de las obligaciones mínimas que aquélla impone.

195

Esta Ley regula aspectos esenciales en el asesoramiento y control de legalidad que los notarios debemos efectuar en todo caso, con carácter previo a la dación de fe, a la autorización del documento público. Y ello bajo la más estricta imparcialidad, que como ya dejamos apuntado no equivale a neutralidad, sino todo lo contrario, actitud tendente a conseguir la posición igualitaria de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia.

A este respecto basta con resaltar lo que dispone el artículo 23-1 de la referida Ley: “Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles... advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención”.

Y la Disposición Adicional Primera que modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, quedando el artículo 10-6 con la siguiente redacción: “Los notarios y los registradores de la

propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Los notarios, los corredores de comercio y los registradores de la Propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia...”.

4.2. Veracidad.

196

Todos los países, sin distinción de razas, espacio y tiempo atribuyen al notario la misión de decir la verdad y su testimonio goza, por su veracidad, del privilegio singular de la fe pública. El notario para dar testimonio no está sometido a una verdad convenida por los intereses particulares o impuesta por la autoridad. Sólo puede cumplir su alta misión cuando conoce exactamente el hecho mismo, sin presiones ni influjos, cualesquiera que fuere el grado, cuantía o importancia, que pudiera tener.

El notario tiene una libertad absoluta para asegurarse de la veracidad sin estar sometido, como el juez de la jurisdicción civil, a la rogación y prueba por el interesado. Esa libertad constituye un derecho y un deber profesional y por ello la sociedad y el Estado coloca al notario y al testimonio notarial en una esfera especial y privilegiada. Esta misión es el gran tesoro que debe guardar el notario. Su cultura, su modo de vida y su oficio deben estar rodeados de todas las garantías que mantengan tal creencia en la sociedad a fin de que el Derecho lo estime y valore.

La veracidad, como principio institucional, casi no está expresada formalmente en las leyes. El Reglamento de 1944, lo toca en su título preliminar dedicado a los principios fun-

damentales y es raro que la doctrina no lo haya estudiado con la extensión y detalle que se merece. El artículo 1 del título preliminar nos dice que el notario como funcionario público “ejerce la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) En la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público...”. y el 148 añade que los instrumentos públicos deberán redactarse observando reglas imprescindibles de “... la verdad en el concepto...”.

Por ello el notario sólo admite bajo su fe pública la veracidad de los hechos presenciados personalmente por él, “los que ve, oye o percibe por sus sentidos”. Cualquier actuación fuera de este principio general implica un ejercicio incorrecto de la función notarial y no sirve de excepción que los hechos hayan sido apreciados por los empleados del notario. La intervención del notario debe ser directa, personal e inmediata.

Si los hechos han sido apreciados por terceros el notario no puede admitir la veracidad de los mismos bajo su fe pública. En estos supuestos la fe pública protege las declaraciones y apreciaciones de esos terceros que efectúan ante notario, pero no la veracidad de las mismas.

4.3. Ejercicio personal de la fe pública.

Conforme al artículo 1.º de la Ley del Notariado: “El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”.

El Reglamento Notarial contempla en el artículo 1.º, ya visto, el ámbito de la fe pública, y en el artículo 2.º dispone que: “Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho

privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial”.

Como ya ha quedado expuesto en la primera parte de la ponencia, el notario debe ejercer y ejerce personalmente su función, sin perjuicio de la colaboración que le prestan sus empleados, sin que esta implique delegación ni dejación de las obligaciones que la Ley impone al notario.

La dación de fe la ejerce personalmente el notario, de forma directa e inmediata y se extiende al contenido íntegro del documento, con un adecuado asesoramiento y un riguroso control de legalidad que concluye con la firma y autorización del documento.

En este punto no caben excepciones. Cualquier infracción la debemos considerar como falta muy grave al amparo del artículo 348-7 del Reglamento Notarial.

4.4. Colaboración con las autoridades tributarias.

Como pone de manifiesto mi compañero ADOLFO CALATAYUD:

Aunque es indudable que el notario, por la trascendencia de su función y por el carácter mixto de su función, en la que los aspectos público y privado son inescindibles, tiene un especial deber de lealtad y colaboración con el Estado, superior al de un ciudadano normal, ello no autoriza a éste a imponerle cualquier tipo de obligaciones de colaboración.

Por un lado, no pueden imponérsele deberes de colaboración que acaben siendo contradictorios con las funciones propias del notario, es decir, que dificulten o entorpezcan éstas. Y a estos efectos no puede olvidarse que para el cumplimiento de la finalidad a la que tiende la actividad notarial es elemento imprescindible la relación de confianza que se genera por parte del particular respecto del notario. Y si los deberes de colaboración llegan a ser generales y agobiantes, podría variar el fin principal a que el notario sirve, rompiendo esa relación de confianza y transformando

el Notariado en uno de tipo funcionarista, que tiene como finalidad primordial la protección de los intereses del Estado.

Por otro, hay que tener presente que el estatuto jurídico de cada tipo de funcionarios está determinado por las funciones que le son propias. Y en la función notarial el aspecto público para lo que sirve es para reforzar las funciones que éste tiene como jurista. Así, por lo que se refiere al ámbito tributario, puede afirmarse que no es misión del notario inspeccionar ni recaudar tributos. Y en la medida en que la prestación que se le imponga al notario exceda de la finalidad a la que tiende principalmente su función, que es la de dotar de seguridad al tráfico jurídico entre particulares, estaremos ante una verdadera carga pública, sujeta a los principios establecidos en la Constitución para la imposición de este tipo de cargas.

Centrándonos en las *obligaciones de información al Fisco* que tienen los notarios, hay que decir que en principio no atentan contra los fundamentos de la función notarial, porque hoy no puede negarse a la Administración tributaria el interés legítimo para conocer el contenido de los actos y contratos con trascendencia tributaria autorizados por el notario. Pero ello no implica que sea cierto, como podría deducirse de la desafortunada redacción que contiene la Ley General Tributaria, que frente a la Hacienda Pública no hay secreto de protocolo ni secreto profesional

Sobre el *secreto profesional*, hay que decir que sin perjuicio de la facultad legal de la Administración de obtener información del contenido del Protocolo notarial cuando proceda, debe respetarse el carácter inviolable del secreto profesional en relación a la información que confidencialmente el notario haya recibido de su cliente.

De modo que el derecho de la Administración tributaria se limita al contenido del Protocolo notarial, ya que a estos efectos el único aspecto de la actividad notarial que interesa y puede interesar a la Administración es el puramente

fedatario, que es el que se plasma en la dación de fe que queda reflejada en el contenido de los documentos autorizados.

Por lo demás, decir que existen dos *vías de hacerse efectiva la información del contenido del protocolo*:

— Mediante relaciones o índices periódicos conteniendo determinados datos. Estas relaciones o índices se han multiplicado en los últimos años, incrementando de modo notable el trabajo que las notarías deben destinar para su elaboración. Es preciso transmitir a la Administración la idea de que estamos ya en el límite de lo razonable, y que es preciso replantear alguna de esas relaciones, eliminando datos que no son realmente precisos para la finalidad perseguida, e incluso suprimiendo alguna de ellas. También habría que replantear la periodicidad de alguna de ellas y estudiar con la Administración tributaria el establecimiento de un sistema de transmisión de los datos a ésta por vía telemática, que sobre la base de los modernos sistemas de cifrado, permita poder acreditar al notario su envío.

— Mediante requerimiento individualizado. Su práctica debe respetar los principios generales que rigen en materia de publicidad del Protocolo, con solicitud escrita y explicativa. Ha de tenerse en cuenta especialmente el principio de subsidiariedad, de modo que sólo se recabe información individualizada al notario sobre un determinado acto o negocio jurídico otorgado tras haberse dirigido infructuosamente al particular afectado.

El notario *no tiene deberes de liquidación, recaudación o inspección* de los tributos devengados como consecuencia de los actos o negocios contenidos en los documentos que autoriza. Ni hay, por tanto, un deber específico de no autorizar el documento cuando sospeche que los otorgantes no declaran en el negocio jurídico que se pretende otorgar la veracidad económica de la transacción. Así lo acepta hoy incluso aunque con reticencias, la propia Administración. El notario cumple con hacer a los otorgantes las advertencias sobre las

consecuencias fiscales y de otra índole de las declaraciones o falsedades que realicen en el documento (apartado 4 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos). La no autorización supondría incurrir en una denegación de funciones injustificada, ya que no estaríamos ante ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 145.2 del Reglamento Notarial, al entenderse que no podría hablarse en principio de que por esa sola sospecha el negocio jurídico pudiera ser considerado contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o carente de los requisitos necesarios para su plena validez.

4.5. Otras manifestaciones de la deontología notarial en relación con el Estado.

En este punto quiero destacar tres aspectos relativos a la necesidad de reformas legislativas apreciadas por los notarios en el ejercicio de su función, colaboración en materia de reforma arancelaria y de demarcación notarial.

201

a) *Necesidad de reformas legislativas apreciadas desde el ejercicio de la función notarial.*

Podríamos citar varias, pero haré referencia a dos.

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

El Derecho debe ofrecer un marco legislativo en el que se tengan en cuenta todos los aspectos que confluyen en la regulación del régimen económico matrimonial, a fin de que

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

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

han formalizado en Aragón, o bien por mitad, alegando el régimen de separación de bienes, si la escritura o el documento adquisitivo se ha otorgado en Cataluña.

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

Y para ello hay que partir de un principio básico:

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

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

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

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

Por ello es esencial que en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil se haga contar el régimen económico del matrimonio, ya desde el momento de la celebración, y no sólo cuando existan capitulaciones matrimoniales, sino en

todos los casos. Para conseguir esta finalidad con los efectos favorables apuntados, es preciso modificar la Ley en el sentido de que en el propio expediente matrimonial tramitado ante el Juez o funcionario competente, o bien uniendo al expediente la documentación que se estime conveniente, como por ejemplo un acta notarial, se haga constar el régimen económico del matrimonio determinado en base a los datos aportados por los contrayentes relativos a su vecindad civil, y a lo dispuesto, lógicamente, en la Ley.

— *Necesidad de reforma del Título Preliminar del Código Civil en materia de Derecho Interregional para regular el testamento mancomunado otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil cuya respectiva ley personal lo admita.*— La cuestión planteada, y que en los despachos nos encontramos con cierta frecuencia, es la de dos cónyuges de distinta vecindad civil, aragonés y gallega, por ejemplo, que sus respectivos ordenamientos jurídicos les permiten otorgar testamento mancomunado, así el artículo 94.1.º de la Compilación aragonesa: “Los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón”, y el artículo 137 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia: “Los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado, aun fuera de Galicia”.

La mayoría de los autores consultados admiten que estos testadores pueden hacer testamento mancomunado. Para MERINO HERNÁNDEZ este testamento es perfectamente válido, siempre que en su otorgamiento se cumplan simultáneamente las condiciones de ambos ordenamientos.

Cabe plantearse qué sucede cuando los ordenamientos de los dos otorgantes tienen un régimen de eficacia o de revocación distinto.

Para GARCÍA VICENTE hay que estar en primer lugar a la voluntad de los testadores. Si las partes, y eso es lo conveniente, hacen constar en el testamento qué ordenamiento jurídico consideran aplicable, se pasará por ello, siempre que

no se perjudique a terceras personas que ostenten algún derecho reconocido por Ley.

El Convenio de Viena de 1 de agosto de 1989, no ratificado todavía por España, sólo admite la sumisión si es expresa y si se hace al Ordenamiento de uno de los dos otorgantes, o del lugar en que cualquiera de ellos tiene su residencia habitual en el momento del otorgamiento.

La cuestión es más complicada cuando las partes nada han previsto. Ninguno de los ordenamientos puede tener preferencia. El Convenio de Viena opta por la tesis cumulativa: cualquier requisito exigido por uno u otro ordenamiento debe cumplirse.

A falta de cualquier regulación este criterio parece razonable ya que es el que mejor protege el interés de ambas partes.

JOSÉ MARÍA NAVARRO no ve la cuestión tan clara en estos testamentos, ya que si se admite su validez podemos encontrarnos con problemas de fondo, así por ejemplo en cuanto a la eficacia de la cláusula de institución recíproca cuando no existen hijos. La sucesión de cada uno de los cónyuges se rige por su Ley personal, que se aplica también a las sustituciones comprendidas en su sucesión. El pacto al más viviente produce una serie de distorsiones en estos casos, así matrimonio de aragonés y gallega:

— Si fallece primero el cónyuge aragonés, sin descendencia, le hereda su cónyuge gallego. Fallecido éste sin haber dispuesto de los bienes por ningún título, reciben tales bienes no sus parientes sino los del cónyuge aragonés (art. 108.3 Compilación). En efecto este precepto contiene una sustitución fideicomisaria preventiva de residuo: los fideicomisarios (los parientes del cónyuge aragonés) heredan al fideicomitente (causante aragonés, cuya Ley —incluyendo el art. 108.3 Compilación— rige su sucesión).

— Si fallece primero el cónyuge gallego, sin descendencia, le hereda su cónyuge aragonés. Fallecido éste sin haber dispuesto de los bienes por ningún título, reciben tales bienes no los parientes del cónyuge gallego sino los suyos.

El artículo 108 de la Compilación aragonesa no puede aplicarse cuando los cónyuges tienen distinta vecindad civil, ya que supondría configurarlo como una norma de conflicto.

Por otra parte los efectos de la revocación del testamento mancomunado por uno de los cónyuges en vida del otro están regulados de forma totalmente distinta, siguiendo con el ejemplo, por el ordenamiento jurídico aragonés y por el gallego.

Del artículo 139 de la Ley de Galicia se desprende que si el cónyuge revocante no puede hacer al otro la notificación de la revocación, ésta no tendrá efecto.

La Compilación aragonesa distingue entre cláusulas correspectivas, recíprocamente condicionadas y no correspectivas. Estas últimas pueden ser revocadas o modificadas por los dos cónyuges en un mismo acto o contrato o por cualquiera de ellos antes o después de fallecido el otro, sin necesidad de cumplir otros requisitos que los generales para testar (art. 96); no es necesario hacer la notificación notarial a la que se refiere el artículo 97.2. La revocación o modificación unilateral en vida de ambos cónyuges de disposiciones correspectivas, debe ser notificada por el cónyuge revocante al otro, pero la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar (art. 97.2).

De lo expuesto se deduce que hay un conflicto de leyes en materia de derecho interregional que conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución es competencia estatal la solución del mismo, y que ésta no puede hacerse de otra manera que modificando el Título Preliminar del Código civil en base a los criterios que se estimen convenientes, bien respetando el principio de autonomía de la voluntad de los testadores, bien estableciendo puntos complementarios de conexión, por ejemplo la residencia o la ley que rija los efectos del matrimonio, conforme al artículo 9.2 del Código civil, en su caso.

b) *Colaboración en materia de reforma arancelaria.*

Ya hemos hecho referencia en la primera parte de la ponencia al sistema arancelario de los notarios y a la comisión de seguimiento de aplicación de los aranceles, poniendo de manifiesto que un principio de honestidad profesional nos debe llevar a poner en conocimiento de esta Comisión aquellos supuestos en que la aplicación correcta del arancel supone un coste excesivo a los ciudadanos (poníamos el ejemplo del fallecimiento de los dos cónyuges con diez hijos y que el único bien dejado es una finca de valor inferior al millón de pesetas).

Es aconsejable una reforma del arancel corrigiendo los honorarios que son excesivos y solicitando la adecuación de aquellos que con el tiempo han quedado desfasados en especial, determinados documentos sin cuantía.

Y también es necesaria una clarificación y unificación del mismo, desde la dispersión de normas que afectan a los derechos arancelarios de los notarios, como ya hice referencia en la primera parte de la ponencia.

207

c) *Colaboración en materia de demarcación notarial.*

De los 1.670 notarios en el año 1983 hemos pasado a los 2.096 del año 1995 (último dato disponible) de los cuales en 1983 menos de la mitad eran menores de cuarenta años y en 1995 lo eran más de las tres cuartas partes. En 1983 había menos de la mitad de jubilados que en 1995 (171 frente a 380) y los notarios de 1995 autorizaban "per cápita" casi el doble de instrumentos que en 1983 (descontando protestos).

En la última demarcación habida, año 1994, aumenta en 178 el número de notarios demarcados, un escaso 20 por 100, frente a un aumento de documentos (con el descuento referido) de casi el doble. Son datos aportados por JOSÉ MARÍA BADÍA en su ponencia del VI Congreso Notarial Es-

pañol celebrado en Madrid el año 1997, y él mismo califica como "no rigurosos".

La mayoría de los despachos en las grandes ciudades incluso en las medias, han dejado de ser lugares de trabajo elaborado y reposado estudio y se han convertido en centro de producción documental, en gran parte estandarizada, en aras del mejor servicio del consumidor.

El Notariado, como depositario de la fe pública extrajudicial, debe velar más que nunca, en estos tiempos de economía liberal, por un adecuado y correcto cumplimiento de su función, que no es otra que prestar a la sociedad la calidad del servicio en el ámbito de la seguridad jurídica.

208

En la medida que nuestros documentos sean veraces, y nuestra intervención, además de imparcial, esté acompañada de un adecuado asesoramiento, un riguroso control de la legalidad y una dación de fe directa, personal e inmediata, como todo el proceso generador del documento, en esa misma medida, contribuiremos a la finalidad de nuestra función, a la seguridad jurídica, a la paz social en el ámbito de las relaciones que en el ejercicio de nuestra profesión queden conformadas y reflejadas en el instrumento público.

Nuestra función la ejercemos en el campo extrajudicial y la finalidad esencial de la misma es conformar las relaciones jurídicas de tal forma que nunca tengan que dirimirse las consecuencias en el ámbito judicial, y si llega el caso, que el documento público no haya sido la causa de ello.

Para cumplir adecuadamente todo lo dicho a lo largo de esta ponencia es necesario que haya una proporcionalidad en el trabajo a desarrollar por cada notario. Independientemente de capacidad, dedicación, competencia, etc., cada uno de nosotros tenemos un límite, y creo sinceramente que en muchos casos estamos desbordados por el trabajo y ello implica que por mucho que nos esforcemos, la calidad no es la misma cuando asumimos un volumen adecuado que cuando ese trabajo desborda cualquier límite normal.

Por ello debemos colaborar con la Administración a fin

de que las demarcaciones sean lógicas. Hay mucho trabajo y creo sinceramente son necesarios más notarios. Con un estudio racional, en estos tiempos de crisis de trabajo, es un deber moral del Notariado ayudar a una demarcación adecuada a las exigencias actuales. Con ello se cumplirían dos finalidades:

1.^a Los ciudadanos tendrían un mayor número de notarios para resolver las cuestiones planteadas. Ello beneficiaría a la sociedad en general y a la función notarial.

2.^a Aumentar el número de puestos de trabajo. Son muchos los opositores que tienen una preparación adecuada y no entran por lo limitado de las plazas.

Las dos últimas oposiciones han resultado adecuadas, por el número de plazas convocadas, pero los vaivenes y altibajos de unos años a otros son desconcertantes para los opositores.

Es imprescindible una programación a diez o quince años con plazas a crear y plazas a convocar en cada oposición.

209

5. Eficacia de los principios deontológicos notariales

Como dice JUAN FRANCISCO DELGADO: "El problema principal que afecta a los principios deontológicos notariales, no es otro que el de dotarles a éstos de un instrumento jurídico capaz de hacerlos eficaces, es decir, investidos de un poder coercitivo que suponga para el notario infractor de los mismos la imposición de la sanción correspondiente. La norma deontológica nace como norma ética, pero su último fin es el de convertirse en norma jurídica, es decir, exigible.

De no ser así, los principios deontológicos notariales corren el peligro de quedarse en letra muerta o difuminarse en el abstracto mundo de la elucubración doctrinal, o de los grandes enunciados morales, que a la postre acaban deviniendo en un conjunto de intenciones pero no de hechos.

Para evitarlo se nos ofrecen dos posibilidades:

La primera es la de insertar en las leyes y reglamentos notariales de cada país los diferentes principios deontológicos de forma que pasen a tener el mismo rango legal y eficacia jurídica que la norma bajo la cual se amparan. El sistema, aun siendo eficaz en la práctica, tiene el defecto de que al estar diluidos dichos principios en un sinnúmero de normas se corre el peligro de que no sean conocidos, bien por su falta de manifestación expresa, bien por su falta de sistematización.

El segundo sistema consiste en la elaboración de un código deontológico en el que aparezcan recogidos de manera sistemática y ordenada todos los principios deontológicos de modo que se haga cómodo y accesible su conocimiento por todos los notarios. Este sistema solamente tiene, a mi juicio, un inconveniente cual es la necesidad de dotarlo de la adecuada fuerza normativa. Para ello se ofrecen como posibilidades, bien incorporarlos como anexo a las leyes o reglamentos notariales, o bien su aprobación expresa con el rango normativo que se estime más conveniente”.

5.1. Sistema seguido en España para la defensa de los principios deontológicos.

En España no hay un código deontológico. El Consejo General del Notariado, Junta de Decanos, nombró una comisión de deontología que ha elaborado algún proyecto de código deontológico pero no ha cristalizado todavía en texto aprobado por la propia Junta de Decanos.

Los principios deontológicos aparecen dispersos en el Reglamento Notarial y en los Reglamentos de Régimen Interior que tienen aprobados la mayoría de los colegios notariales. No hay una regulación uniforme, ni siquiera una enumeración taxativa de los mismos.

5.2. Observancia de los principios deontológicos.

Contestando al esquema enviado por JUAN FRANCISCO DELGADO diremos, como ya he mencionado, que en España hay una comisión de deontología nombrada por la Junta de Decanos, pero nada más. Los Colegios Notariales no tienen designadas estas comisiones cuyas funciones las ejercen directamente las juntas directivas.

El cumplimiento en España de los principios éticos de la profesión notarial es muy alto. Las relaciones con los clientes, con los compañeros, con las administraciones públicas y con la sociedad en general están presididas en la gran mayoría de las ocasiones y en casi todos los casos, por un alto componente de moral personal y altura técnica que contribuyen a mantener el alto grado de prestigio que tiene el Notariado español en nuestra sociedad.

La comisión de actos contrarios a los principios deontológicos se denuncia normalmente a las juntas directivas y si esta vulneración está tipificada en el Reglamento Notarial o en el Reglamento de Régimen Interior del respectivo Colegio, puede recurrirse a la Dirección General de Registros y Notariado en el Ministerio de Justicia.

211

6. Conclusiones

Primera.— Lealtad, dignidad e integridad.

El notario debe ser leal, honesto, veraz y diligente en el ejercicio de su función, y en la relación con sus clientes, el Estado y sus compañeros de profesión, observará la mayor deferencia, actuando siempre conforme a las normas de honor y dignidad de la profesión, absteniéndose de todo comportamiento que suponga infracción o descrédito, orientando sus actuaciones como servicio a la sociedad. Estas virtudes tradicionales constituyen, para el notario, obligaciones profesionales.

Segunda.— Formación permanente.

1.º *Preparación de futuros notarios.*— El Notariado debe potenciar el esfuerzo realizado por los notarios dedicados a la preparación de opositores a notarías, quienes reciben de sus preparadores las directrices adecuadas para un mejor conocimiento y dominio de los temas, una mejor comprensión de las instituciones y una aplicación correcta del Derecho, así como los principios éticos y morales necesarios para el adecuado ejercicio de la profesión.

2.º *Oposiciones entre notarios.*— El Notariado debe mantener, facilitar y en la medida de lo posible potenciar en todo momento el sistema de oposición entre notarios, como modo de promoción interna que estimula, en especial a los notarios jóvenes, al estudio, actualización e investigación del Derecho.

212 3.º *Formación permanente.*— El notario tiene la obligación de actualizar constantemente su formación jurídica, empleando en ello tanto su esfuerzo personal como las ayudas que con esta finalidad reciba de los órganos corporativos del Notariado.

Tercera.— Relaciones con los clientes

1.º *Despacho profesional.*— El notario debe instalar el despacho con dignidad, apoyado por medios personales y materiales suficientes para el correcto ejercicio de la función notarial.

2.º *Libre elección.*— El notario cuidará en todo momento de salvaguardar el derecho que tienen las personas físicas y jurídicas a elegir libremente notario, absteniéndose de facilitar cualquier práctica que suponga la imposición de una de las partes a la otra.

Sólo la competencia territorial será límite a la actuación del notario en el ejercicio de la fe pública.

3.º *Secreto profesional y secreto de protocolo.*— Sin la garantía de la confidencialidad no puede haber confianza. La

confidencia y la confianza son esenciales características de las relaciones del notario con sus clientes, que imponen el derecho y el deber del secreto profesional, que habrá de guardar de todos los hechos y circunstancias que conozca por razón de su actividad profesional.

El notario debe guardar el secreto profesional, que constituye un deber y un derecho fundamental de la profesión, no pudiendo ser obligado a revelarlo salvo en los casos previstos en la Ley.

Estas obligaciones afectan no sólo al notario sino también a sus empleados.

El secreto del protocolo está regulado por la Ley, así como el examen y obtención de copias del mismo.

4.º *Residencia y arraigo.*—La residencia del notario en la localidad donde ejerce su profesión y la permanencia en la misma, contribuyen a un mejor conocimiento de la sociedad a la que está llamado a servir y por ello a un mejor cumplimiento de la función notarial.

213

El arraigo facilita la integración en la sociedad, así como la participación en actividades de todo orden, en especial jurídico-culturales, con lo que la proyección exterior del notario se potencia y de esta manera el prestigio de la institución aumenta.

5.º *Imparcialidad e independencia.*—El notario debe asesorar, controlar la legalidad, redactar los documentos y autenticarlos con plena imparcialidad e independencia. La imparcialidad no supone neutralidad sino asistencia a las partes, en especial al contratante más débil.

El notario debe prestar su función cuando es requerido para ello con arreglo a la Ley, salvo causa legal o física que lo impida.

Cuarta.—Relaciones entre compañeros.

1.º *Confraternidad.*—Entre los notarios debe haber fraternidad, lealtad y respeto recíproco que enaltezcan la profe-

sión, evitando siempre competencias ilícitas así como toda actuación que lesione estos principios y siempre con cumplimiento de los deberes corporativos.

2.º *Sustituciones.*—La sustitución al compañero enfermo o ausente, deberá realizarse con celo y diligencia, como si la notaría sustituida fuese la propia, y sin dar lugar a la más leve insinuación de atraer, aprovechando la misma, clientes o empleados.

3.º *Solidaridad.*—El principio de solidaridad corporativa debe encontrar su máxima expresión en cuestiones concretas como el turno de reparto de documentos y la creación de fondos de compensación, cuya finalidad esencial es la digna existencia de cada notario para un mejor cumplimiento de la función notarial.

214 4.º *Conductas reprobables.*—La captación de clientes y empleados por medios contrarios a la lealtad y al recíproco respeto entre compañeros, son conductas reprobables en el ejercicio de la profesión.

Asimismo debe calificarse de conducta reproable, la condonación total o parcial de honorarios con la finalidad de captar clientela.

5.º *Publicidad.*—El notario no puede llevar a cabo ninguna actividad publicitaria dirigida a la obtención de clientela en forma directa o indirecta. Tampoco puede dar su consentimiento expreso o tácito a cualquier forma de publicidad que se le ofrezca.

6.º *Participación en los órganos corporativos.*—El notario está obligado a participar en los órganos corporativos cuando fuere necesario, así, a ser miembro de las juntas directivas y de las comisiones por ella designadas, colaborar en la vida colegial y potenciar con su presencia activa las actividades a desarrollar por su respectivo Colegio o por la Junta de Decanos.

Quinta.- Relaciones con el Estado.

1.º *Ejercicio de la fe pública.*—El notario en su condición de funcionario público debe ejercer fielmente la delegación de poder que el Estado le hace para el ejercicio de la fe pública extrajudicial, de tal forma que la función notarial sea un elemento esencial de la seguridad jurídica y por ende de la paz social.

2.º *La función notarial.*—La función notarial en su triple manifestación de asesoramiento, control de legalidad y dación de fe, la ejercerá el notario de forma personal e inmediata, siendo objetivo primordial que el documento público sea plenamente eficaz desde el momento de su autorización.

3.º *Colaboración con la Administración.*—El Notariado tiene la obligación de poner en conocimiento de la Administración las lagunas de la legislación vigente y su incidencia negativa en la seguridad del tráfico, a fin de que ésta adopte las medidas que estime oportunas.

El Notariado colaborará con la Administración en todas las materias que ésta considere oportunas, enviando la información y datos que ésta solicite, dejando a salvo el principio del secreto de protocolo.

Asimismo, el Notariado colaborará con la Administración en materia arancelaria y de demarcación notarial.

RESOLUCIÓN COMENTADA

**HIPOTECA MOBILIARIA DE LA CUOTA
INDIVISA DE UNA MARCA**

(Comentario a la RDGRN de 29 de noviembre de 1995) (*)

219

JOAN C. SEUBA I TORREBLANCA

*Profesor ayudante de escuela universitaria
Área de Derecho Civil - Universitat Pompeu Fabra*

SUMARIO: **I.** LA RDGRN DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1995. **II.** LA MARCA COMO BIEN PATRIMONIAL INDEPENDIENTE DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL. **A)** La marca como bien patrimonial. **B)** La marca como bien independiente del establecimiento comercial. **III.** LA MARCA, COMO BIEN PATRIMONIAL, ES SUSCEPTIBLE DE SER DADA EN GARANTÍA. **IV.** LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA QUE TIENEN POR OBJETO UNA MARCA: LA

(*) Trabajo presentado en la asignatura *Dret de la Propietat Industrial i Intel·lectual*, impartida por el Prof. Dr. José Massaguer Fuentes, y realizado con motivo del *Doctorat en Dret Patrimonial* cursado en la Universitat Pompeu Fabra, bienio 1995-1997.

HIPOTECA MOBILIARIA ¿Y LA PRENDA ORDINARIA? EL PROBLEMA DE LAS GARANTÍAS REALES SOBRE BIENES INMATERIALES. **V.** LA HIPOTECA MOBILIARIA CONSTITUIDA POR SU ÚNICO TITULAR SOBRE LA CUOTA DE UNA MARCA. **A)** La hipoteca de cuota. **B)** La hipoteca de cuota y la LHMPSD. **VI.** LA INDIVISIBILIDAD DE LA MARCA. **A)** El concepto de indivisibilidad en el Derecho Civil. **B)** El concepto de indivisibilidad en el Derecho de la Propiedad Industrial.

I. La RDGRN de 29 de noviembre de 1995 (1)

220

“Ediciones Primera Plana, Sociedad Anónima”, titular de la marca “El Periódico de Catalunya”, constituyó hipoteca mobiliaria sobre una cuota indivisa de ésta. El registrador de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, don Rafael Izquierdo Asensio, denegó la inscripción al apreciar que la escritura de constitución de la hipoteca padecía el defecto insubsanable consistente en *haberse hipotecado el 50 por 100 de los derechos que la hipotecante ostenta sobre el bien objeto de la hipoteca, lo cual no es posible conforme al artículo 1, párrafo segundo de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento [en adelante, LHMPSD (2)], según el cual (s)i tales bienes estuvieren en proindivisión o pertenecieren en usufructo y en nuda propiedad a distintos titulares, sólo podrán hipotecarse o pignorar en su totalidad y mediante el consentimiento de todos los partícipes.*

(1) BOE n.º 13, de 15.1.96. Esta Resolución ha sido también publicada en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* de 2.2.96, marg. 868; en la *Revista General de Derecho*, n.º 628-629, enero-febrero 1997, pp. 377-383, con un breve comentario de José Manuel LLOPIS GINER; y en el *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* de 1995, marg. 8889.

(2) BOE n.º 352, de 18.12.54.

El notario autorizante de la escritura en la que se constituía la hipoteca mobiliaria, don José Marqueño de Llano, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación. El argumento esgrimido en el recurso era considerar indebidamente aplicado el citado artículo 1.2 LHMPSD pues en el caso no se producía la actuación de un cotitular de la marca sobre su cuota sin la participación del resto de cotitulares, sino que lo que se había producido era la actuación del único titular sobre una cuota de la marca que ostentaba.

El registrador desestimó, mediante decisión de fecha 3 de mayo de 1995, el recurso al considerar que la interpretación literal de la norma que en él se hacía contradecía los principios de sencillez de funcionamiento y de garantía de los derechos del acreedor hipotecario que la Exposición de Motivos proclama de la hipoteca mobiliaria. Y esto sin perjuicio de reconocer que tal interpretación, con la que se está *yendo más allá de la literalidad del precepto, entraña cierto roce con el principio conforme al cual las normas prohibitivas deben interpretarse restrictivamente.*

221

El notario presentó recurso contra la decisión del registrador. El recurso contenía los siguientes argumentos:

1) El artículo 1.2 LHMPSD sólo es aplicable al supuesto en que los bienes hipotecados estuvieren en comunidad, como se desprende de una interpretación literal y contextual de la norma, de la doctrina, de la comisión redactora del anteproyecto, de la Exposición de Motivos y del espíritu y finalidad de la norma.

2) La copropiedad sobrevenida como consecuencia de la ejecución no afecta la pretendida finalidad de la norma.

3) El artículo 1.2 LHMPSD no regula el supuesto de copropiedad sobrevenida, pues, de un lado, la LHMPSD no prohíbe la hipoteca de una participación indivisa, y, de otro, la LHMPSD no puede prohibir dicho gravamen pues de hacerlo mermaría las facultades dominicales del propietario.

El director general de los Registros y del Notariado, don Julio Burdiel Hernández, mediante Resolución de 29 de noviembre de 1995, desestimó el recurso, confirmando la nota de calificación y la decisión del registrador. El director general dictaminó en este sentido a partir del análisis del artículo 41.2 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, *de Marcas* (3), según el cual *(a) los efectos de su cesión o gravamen, la solicitud de registro de marca o la marca ya concedida son indivisibles, aunque pueden pertenecer en común a varias personas*, y del ya referido artículo 1.2 LHMPSD.

En el presente trabajo se defiende que la decisión tomada en esta Resolución no es ni técnicamente correcta ni económicamente conveniente. Para ello se realizará un estudio desde una doble perspectiva. Desde el Derecho Inmobiliario y Registral se recordará que en el ordenamiento jurídico español es posible que el propietario de un bien hipotecado únicamente una cuota de éste, en virtud de las amplias facultades que el artículo 348 C.c. le reconoce. A su vez, se verá que éste era el principio que tenía que inspirar la solución del caso por presentar la LHMPSD lagunas normativas. Por otro lado, desde el Derecho de la Propiedad Industrial se propondrá que la concepción mantenida por la DGRN sobre el principio de “indivisibilidad de la marca” es errónea, pues desarrolla dicho principio con un contenido principalmente civilista, cuando éste tiene autonomía propia dentro del Derecho de la Propiedad Industrial, que lo dota de un alcance muy diferente. En atención a estos argumentos, y sin perjuicio de otros de orden práctico y económico, consideramos que el sentido de la Resolución tenía que haber sido diferente. Asimismo, se tratarán otras cuestiones que surgen al hilo del análisis, como son discutir sobre los derechos reales de garantías que pueden recaer sobre los bienes inmateriales y la posibilidad de constituir una prenda ordinaria sobre una marca.

(3) BOE n.º 272, de 12.11.

II. La marca como bien patrimonial independiente del establecimiento comercial

A) La marca como bien patrimonial.

La marca es un bien patrimonial (4) porque posee un valor económico, valor que deriva de la capacidad de proporcionar una utilidad o de satisfacer el interés de una persona y de la posibilidad de que tal utilidad o satisfacción sea medida. HERMENEGILDO BAYLOS, en este sentido, consideraba que los bienes objeto de los derechos intelectuales, entre los que figura la marca, tienen como nota común la *apeticibilidad patrimonial* al configurarse como *medios de producción de bienes futuros* (5). Y continúa explicando el porqué: *Son valiosos económicamente por su mediatividad; por su aptitud para proporcionar, al materializarse, una opción de lucro, una probabilidad de ganancia.*

223

La utilidad que ofrece la marca se concreta en las funciones que los signos de empresa ejercen y que han sido expuestas por la doctrina. Concretamente, a modo de recordatorio, tales funciones son: la función indicadora de la procedencia empresarial; la función indicadora de la calidad; la función condensadora de la reputación o "goodwill"; y la función publicitaria (6). Tales funciones tienen su base en el

(4) El término *bien*, en este momento, lo usamos con un significado meramente económico. Con él nos referimos a aquella realidad de la cual alguien se beneficia porque le es útil. El uso de tal término no predetermina una posición sobre la naturaleza jurídica de la marca y su calificación como cosa, bien o derecho, con las consecuencias jurídicas que se derivarían de tal calificación (p.e., a efectos de determinar si la marca es susceptible o no de apropiación y de posesión).

(5) BAYLOS, Hermenegildo: *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1978, p. 50.

(6) FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Fundamentos de Derecho de marcas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 44-65; VICENT CHULIÀ, Francisco: *Compendio crítico de derecho mercantil*, t. I, vol. 2, *Comerciantes. Sociedades. Derecho Industrial*, 3.ª ed., José M.ª Bosch, editor, Barcelona, 1991, pp. 1213-1215; MASSAGUER, José: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 4171.

análisis económico del Derecho: la marca permite a los consumidores ahorrar tiempo y esfuerzo en averiguar la calidad del producto y la fiabilidad de la empresa que lo comercializa. La marca deviene, así, un mecanismo de reducción de los costes de transacción, a saber: información, negociación y ejecución (7).

Estas funciones, sin lugar a dudas, hacen de la marca un bien con valor económico, lo cual permite considerarla integrada dentro del patrimonio de su titular. Tal estimación económica se manifiesta, a nivel contable, en el balance de la empresa. La propiedad industrial es considerada por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, *por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad*, como un inmovilizado inmaterial, cuya específica cuenta 212 figura en el activo del balance.

224 **B) La marca como bien independiente del establecimiento comercial.**

El artículo 41.1 LM establece que *(c)on independencia de la transmisión de la totalidad o de una parte de la empresa, la marca y la solicitud de registro podrá ser cedida...* Por otro lado, a efectos de constituir derechos reales limitados sobre la marca, establece el artículo 46.1 LM que *(l)a marca podrá, con independencia de la empresa, darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales*. La marca, pues, se configura como un bien jurídico susceptible de ser el objeto de negocios jurídicos con independencia de la empresa que la explota, ya sean negocios dispositivos, ya sean negocios de garantía.

(7) AREÁN LALÍN, Manuel: "La marca comunitaria". *RGD*, n.º 621, junio 1996, p. 6904: "la marca se revela como un instrumento que reduce los costes de búsqueda del consumidor". En este mismo sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: "Los costes de transacción", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 151. No hay que olvidar, no obstante, que los costes se reducen, no se anulan, entre otras cosas porque el valor económico de las funciones que realiza la marca repercute y determina el precio del producto.

Un importante sector doctrinal ha criticado que se haya configurado la marca como un bien autónomo de la empresa, porque ello podría provocar una incapacidad de la marca para indicar la calidad de los productos o servicios que engloba y para relacionar tales productos o servicios con la empresa que los pone en el mercado. La marca perdería esa capacidad distintiva porque una vez que ha sido cedida, el cedente no controla el uso que de la marca realiza el cesionario, a diferencia de lo que se produce en la licencia. Así, CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA en el año 1984, estando todavía vigente el Estatuto de la Propiedad Industrial (EPI), al iniciarse los trabajos de lo que sería la futura LM, descartaba este sistema de cesión libre de la marca en base, principalmente, al interés de los consumidores; de otro lado, desde una perspectiva realista y *dadas las exigencias de la vida económica nacional y supranacional*, tampoco se decantaba el citado autor por una vinculación de la marca con la empresa. Proponía, siguiendo la "Trade Marks Act" británica de 1938, un sistema en el que la cesión libre estuviera sujeta a ciertas medidas, establecidas, precisamente, en interés de los consumidores: *medidas que pueden consistir en la negativa del registrador a inscribir en determinados casos de cesión, o bien en la imposición de ciertos deberes de conducta al cesionario por parte del Registro* (8), tales como obligarle a dar publicidad de la cesión.

Pero la crítica hecha por la doctrina fue ignorada por el legislador de 1988, que optó por un sistema de cesión libre de la marca. En el Anteproyecto de Ley, elaborado por el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela (9), se preveía un sistema híbrido de cesión de la marca: ni libre, ni vinculada a la empresa. En este sistema, el registrador de la propiedad industrial debía denegar la inscripción de la cesión de la marca *cuando de*

(8) FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Fundamentos...*, pp. 334-335.

(9) Publicado en *ADI*, t. X, 1984-85, pp. 490-501.

los documentos aportados se dedujese riesgo de error para el público acerca de la naturaleza, la calidad, las características o la procedencia geográfica de los productos o servicios (10). Por este motivo, consideraba CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA que la solución maximalista no es encomiable; antes al contrario, hubiera sido preferible que la nueva Ley Española de Marcas instaurase unas mínimas medidas de control para salvaguardar las funciones de la marca en la hipótesis de que ésta se transmita con total independencia de la empresa a la que estaba adscrita (11).

III. La marca, como bien patrimonial, es susceptible de ser dada en garantía

226 Visto cómo la marca se integra dentro del patrimonio de su titular, quedando así sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor establecido por el artículo 1.911 C.c., y cómo lo hace con independencia del establecimiento mercantil, estamos en condiciones de preguntarnos sobre los negocios reales de garantía que tienen por objeto una marca.

Es indiscutible que la marca es susceptible de ser dada en garantía al tenor de la vigente LM, cuyo artículo 46.1 establece que *(l)a marca podrá, con independencia de la empresa, darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales*. Recordemos que durante la vigencia del EPI, esto no era así, ya que la marca estaba vinculada al establecimiento y tenía la consideración de accesorio del mismo (accesión por destino). Esta dependencia funcional excluía a la marca de los bienes aptos para constituir sobre ellos una hipoteca mobiliaria, pues no cumplía con la exigencia del artículo 1.1

(10) FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Derecho de marcas*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1990, p. 222.

(11) FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Derecho de marcas...*, p. 223.

LHMPSD de poder ser enajenada (12). Asimismo, esta consideración como bien accesorio del establecimiento mercantil permitía considerar la marca como inmueble, ya que se vinculaba por destino al establecimiento mercantil.

Decimos que la marca es susceptible de constituir el objeto de derechos reales de garantía porque cumple (o puede cumplir) con los elementos estructurales básicos característicos de este tipo de derechos: por un lado, la identificabilidad de la marca, como exigencia del principio de especialidad; y por otro, la reipersecutoriedad del gravamen. Deviene así como un bien apto para que el titular del derecho de garantía pueda ejercitar el *ius distrahendi* y cobrarse con lo obtenido en la venta y con preferencia sobre otros acreedores del titular de la marca (13).

La identificabilidad viene dada por la necesidad de que la marca esté inscrita en el Registro de la Propiedad Industrial. En la tramitación para obtener el título de concesión, y más concretamente, en la instancia dirigida al Director del Registro de la Propiedad Industrial (art. 17 LM), tienen que figurar, entre otros datos, una reproducción del signo solicitado como marca, una descripción de éste con los elementos que la forman y una enumeración de los productos o servicios a que se aplicará la marca (art. 18 LM).

La reipersecutoriedad del gravamen sobre la marca se cumple por la exigencia, establecida por el artículo 46.3 LM, de que los negocios de gravamen se inscriban en el Registro de la Propiedad Industrial y se publiquen en el Boletín

(12) El requisito de enajenables que establece el artículo 1.1 LHMPSD obedece a que el acreedor pueda realizar sobre la garantía el *ius distrahendi* para cobrarse. En este sentido, GÓMEZ-SANTOS, Felipe: "La hipoteca de propiedad intelectual y propiedad industrial", *AAMN*, t. XI, 1961, p. 194: *(e)s correcta la hipoteca de la marca como accesorio de la empresa;... pero estos bienes no debieran ser susceptibles de hipoteca independiente.*

(13) Sobre los elementos estructurales de los derechos reales de garantía, *vid.* GUILARTE ZAPATERO, Vicente: *Comentario del Código civil*, dir. Cándido Paz-Ares, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo, Pablo Salvador, comentario al artículo 1.857 C.c., vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1859.

Oficial de la Propiedad Industrial. A su vez, de forma acumulativa, la garantía que se constituya sobre la marca determinará otros medios de publicidad del gravamen.

Finalmente, el hecho de ser la marca un bien patrimonial independiente de la empresa o establecimiento mercantil permite que el acreedor pueda ejercitar la típica facultad de los derechos reales de garantía consistente en realizar el valor de la cosa. Para ello, promoverá el trámite procesal adecuado (subasta judicial o notarial) a fin de enajenar la marca y poder satisfacer su crédito con el resultado obtenido de la venta.

IV. Los derechos reales de garantía que tienen por objeto una marca: la hipoteca mobiliaria ¿y la prenda ordinaria? El problema de las garantías reales sobre bienes inmateriales

228

La configuración del sistema de garantías reales en general sigue dos parámetros: de un lado, la identificabilidad del objeto que constituye la garantía y, de otro, el desplazamiento posesorio de éste. En atención a estos dos criterios y en base a la fructífera distinción que el Código civil hace entre bienes muebles y bienes inmuebles, las garantías reales resultantes son la prenda y la hipoteca.

La hipoteca se utiliza para bienes perfectamente identificables y perdurables, tales como los inmuebles, lo cual permite que sean registrados sin que se vea entorpecido su tráfico jurídico. El Registro publica los derechos que afectan a estos bienes con una eficacia *erga omnes*, sustituyéndose así la publicidad posesoria por una publicidad registral. Este tipo de publicidad, por otra parte, reporta beneficios al constituyente de la garantía, pues al no haberse realizado el traspaso posesorio, puede seguir utilizando y explotando el bien.

En cambio, la prenda se utiliza para bienes cuya iden-

tificabilidad es más problemática, ya sea por la dificultad de saber dónde se encuentran, por su facilidad para ser transformados, divididos o destruidos, por no ser bienes esencialmente perdurables, porque su registro o es imposible o provocaría una carga injustificada en su tráfico jurídico o por otras circunstancias análogas que harían que su comercio fuera excesivamente gravoso y costoso de gestionar. La garantía del acreedor, en este caso, consiste en poseer la cosa, lo cual justifica el desplazamiento posesorio del bien dado en garantía que realiza el deudor a su acreedor. La prenda permitirá dar en garantía bienes muebles.

El problema de la estructura de este sistema de garantías mobiliarias (anterior a la LHMPSD), dominado por el binomio hipoteca-bienes inmuebles / prenda-bienes muebles, es que es demasiado rígido para dar una solución satisfactoria al tratamiento de los derechos reales de garantía sobre bienes inmateriales. Está pensado para una sociedad en la que los bienes económicamente valiosos son los inmuebles y para un ordenamiento en el que los bienes inmateriales están vinculados al inmueble, lo cual justifica que éstos no merezcan un tratamiento diferenciado por lo que a garantías reales se refiere. También falla el sistema cuando rechaza la hipotecabilidad de los bienes muebles que reúnen los requisitos necesarios para ser objeto de hipoteca, esto es, cuando son perfectamente identificables y están registrados. Según tal sistema, los bienes muebles han de ser objeto de prenda, con independencia de su capacidad de distinguirse en el mercado y de su facilidad en el seguimiento de las cargas que sobre ellos recaigan. El apuntado binomio deviene un axioma del sistema de garantías (14).

Pero, como dijo en 1954 la Exposición de Motivos de la LHMPSD, *(l)a importancia adquirida por las cosas muebles*

(14) Para una rápida visión de la diversidad y carácter contradictorio del sistema de garantías mobiliarias español, *vid.* el prólogo de Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO a la traducción española de SERICK, Rolf: *Garantías mobiliarias en derecho alemán*, Tecnos, Madrid, 1990.

al impulso del moderno desarrollo industrial y la aparición de nuevos bienes en el sentido jurídico, difícilmente catalogables entre las cosas muebles o inmuebles, hicieron pensar en la que se denominó prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria, como medio de hacer viable la garantía real para estos bienes, que por su valor o por su naturaleza se adaptaban con dificultades a los modelos clásicos. Era necesario, pues, modificar el sistema de garantías mobiliarias existente en el ordenamiento jurídico español.

La LHMPSD intentó acomodar estos nuevos bienes a los principios que inspiran la regulación de la hipoteca inmobiliaria, surgiendo de esta forma la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria (15). En este sentido se expresa la propia Exposición de Motivos cuando, al final del apartado *Naturaleza de garantía*, dice que *(m)ás que la instauración de dos figuras jurídicas nuevas se trata de trasplantar ciertos bienes muebles, que por su función económica lo merecen, y cuya perfección identificadora lo permite, al régimen jurídico de la hipoteca de inmuebles...* No obstante, existían otras posibilidades, como el propio legislador reconoce en la EM: así, considerar a efectos de gravamen estos bienes como inmuebles (criterio seguido por la Ley de Hipoteca Naval respecto de la hipoteca naval, art. 1.2), o asimilar la garantía que se creaba a la prenda, si bien eliminando el requisito de la entrega de la posesión (16).

(15) Por rigor histórico, hay que decir que la prenda sin desplazamiento estaba ya regulada por la Ley de 1941 y otras sectoriales de principios de siglo (prenda aceitera, "warrants",...)

(16) El Derecho comparado muestra que ésta no era la única posibilidad si lo que se quería era reformar el sistema de garantías mobiliarias: ROJO AJURIA, Luis: "La unificación del derecho de garantías reales mobiliarias. La experiencia del Derecho comparado", en AAVV, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, T. II. *Garantías Reales*, vol. 1. *Garantías mobiliarias*, Madrid, Civitas, 1996, p. 64: *(p)or aquel tiempo se estaba gestando al otro lado del océano una de las novedades legislativas más importantes del siglo XX: el Uniform Commercial Code. Y dentro del UCC, se encuentra el artículo 9, Secured Transactions, una extensa ley de garantías mobiliarias que da el paso adelante que el legislador español consideró poco prudente.* Este mismo autor realiza un exhaustivo estudio del citado artículo 9 en "Las garantías mobiliarias", ADC, 1989.

Realizada la opción sobre qué institución era necesaria para que estos bienes pudieran ser dados en garantía, el siguiente paso era identificar los bienes susceptibles de constituir el objeto de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento. Siguiendo el criterio de la identificabilidad del objeto (17), porque éste permitía la reipersecutoriedad, se elaboró un catálogo de bienes que fue considerado *numerus clausus* (18). Así, los bienes que eran registrables fueron considerados hipotecables (art. 12 LHMPSD, donde se enumeran), mientras que los de *identificación menos perfecta* (según se expresa la Exposición de Motivos), quedaron encuadrados en la *figura clásica de la prenda* (art. 52 LHMPSD), *si bien sustituyéndose por la publicidad registral el requisito del desplazamiento de la posesión* (19).

Los derechos de propiedad industrial e intelectual fueron considerados bienes susceptibles de constituir el objeto de la hipoteca mobiliaria (art. 12.5 LHMPSD). En concreto, el capítulo VI del título II de la LHMPSD regula la hipoteca mobiliaria de propiedad industrial e intelectual (arts. 45-52).

(17) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión", *AAMN*, t. XI, 1961, p. 50, sobre los dos requisitos que han de reunir los bienes para ser considerados susceptibles de identificación registral: que la cosa goce de una *determinada cualidad física que, sin necesidad de especiales conocimientos técnicos en quien la juzgue sirva para individualizarla de modo permanente*; y que *el comercio jurídico no [quede] perjudicado por la imposición, como necesidad del correspondiente registro de cargas, a fin de conocer su libertad o gravamen del objeto de que se trate*.

(18) Exposición de Motivos LHMPSD, *Naturaleza de garantía: La determinación de los bienes susceptibles de una y otra forma de garantía no podía dejarse a la libre interpretación. Por tratarse de una regulación nueva, se ha estimado indispensable fijar con exactitud y de un modo completo los bienes sujetos a hipoteca mobiliaria y a prenda sin desplazamiento*.

(19) Criterio ya avanzado por Ángel SANZ, redactor de la LHMPSD, en "La prenda sin desplazamiento", *AAMN*, II, 2.ª ed., 1960, si bien el artículo comenta la Ley de 5 de diciembre de 1941, que añadía al Código civil la regulación de la prenda sin desplazamiento. En esta conferencia, pronunciada el 6 de marzo de 1944, Ángel SANZ recoge la referida distinción entre bienes registrables y no registrables que la doctrina había ido apuntando: básicamente, ALAS, Leopoldo: *La publicidad y los bienes muebles*, Madrid, 1920; y ROYO MARTÍNEZ: *Aportaciones al estudio de la hipoteca sobre bienes muebles*, Sevilla, 1933.

Mas esta opción legislativa no aclara ni define el sistema de garantías mobiliarias español, pues la LHMPSD sigue en gran parte el modelo y principios de la hipoteca inmobiliaria. Queda así sin regular de una forma clara cuál es el régimen aplicable a los derechos reales de garantía sobre bienes inmateriales, ya que la mera referencia a los derechos de propiedad industrial e intelectual que hace el artículo 12.5 LHMPSD es insuficiente para dar una cumplida respuesta a estos negocios de garantía.

En este sentido, y sin olvidar que el legislador ha reconocido la hipoteca mobiliaria sobre la propiedad industrial e intelectual, tenemos que preguntarnos acerca de la posibilidad de constituir algún otro derecho real sobre la marca. La cuestión es saber si la LHMPSD es el único cauce que otorga el legislador para constituir un derecho real sobre la marca. La respuesta a la pregunta viene determinada en gran parte por la respuesta que se dé al clásico problema del *numerus clausus* o *apertus* de los derechos reales.

232

Más concretamente, podemos preguntarnos si la marca puede ser dada en prenda ordinaria. La redacción del artículo 46 LM permite entender que la hipoteca mobiliaria no es la única garantía real posible que puede recaer sobre la marca, pues según el citado artículo *(l)a marca podrá, con independencia de la empresa, darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales*. Esta redacción amplia contrasta con la del que sería su paralelo para patentes, el artículo 74.1 LP, según el cual la patente y su solicitud *pueden ser dadas en garantía mediante la constitución de una hipoteca mobiliaria que se registrará por sus disposiciones específicas y cuya constitución se notificará al Registro de la Propiedad Industrial*. La cuestión que inmediatamente plantea este artículo 74.1 LP es saber si es exhaustivo, es decir, si no puede constituirse algún otro derecho real de garantía diferente de la hipoteca mobiliaria.

Que la propia LHMPSD parta del presupuesto que los bienes que pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento

o de hipoteca mobiliaria también pueden ser objeto de prenda ordinaria o de hipoteca inmobiliaria *ex* artículo 111 LH, es sin duda un argumento poderoso en favor de la pignoralidad de estos derechos. Esta posibilidad la reconoce expresamente la LHMPSD en los artículos 2, según el cual *(n) o podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignoralados o embargados* (20); y 55.2, que establece que *(t)ampoco podrá constituirse prenda ordinaria sobre bienes que se hallen pignoralados con arreglo a esta Ley*. Esta aptitud también la ha advertido la doctrina: EDUARDO SERRANO ALONSO (21) apunta, en este sentido, que *(t)ambián pueden ser entregados en prenda ordinaria los bienes que son susceptibles de prenda sin desplazamiento y de hipoteca mobiliaria* (22).

Por tanto, podríamos entender que si el bien no está hipotecado (hipoteca mobiliaria e inmobiliaria) o pignoralado (prenda sin desplazamiento), podrá ser objeto de prenda, que se regirá por las disposiciones del Código civil. Pero esta genérica afirmación no es suficiente si atendemos a la naturaleza de los bienes contemplados por la LHMPSD. Así, no presenta dificultad alguna constituir una prenda ordinaria sobre un automóvil o sobre una máquina industrial, pues el traspaso posesorio que exige la prenda es relativamente fácil de cumplir dada la entidad corporal que tienen los objetos. Aquí la posesión realiza ciertamente una fun-

(20) Las RRDGRN extienden la prohibición de constituir hipotecas mobiliarias tanto a los bienes que ya son objeto de hipoteca mobiliaria como los que son objeto de hipoteca inmobiliaria por extensión, en aplicación del artículo 111 LH. En contra de esta postura, GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, Carlos J.: *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pp. 42-44.

(21) *Comentario al Código civil*, artículo 1.864, p. 1877.

(22) También es de este parecer ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, t. III, vol. 2, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, p. 252; GUILARTE ZAPATERO, Vicente: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XXIII, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1990, p. 503.

ción de garantía y de oponibilidad. Es decisión del acreedor pignoraticio y del sujeto pignorante (sea o no el deudor) optar por una institución o por otra, y para ello atenderán a los beneficios y desventajas que se derivan de una y de otra.

Mas tratándose de bienes incorporeales, tenemos que preguntarnos sobre el traspaso posesorio de los bienes inmateriales y sobre la función que éste despliega en los derechos reales de garantía. La inclusión de este tipo de bienes en la LHMPSD no respondió (o no lo hizo fundamentalmente) a evitar las consecuencias perjudiciales para el deudor pignorante derivadas de la desposesión del bien (recordemos que este era uno de los principios que justificaban la reforma del sistema de garantías mobiliarias, como explica la Exposición de Motivos de la LHMPSD en su apartado *Necesidad de la Reforma*), sino que su inclusión se produjo para permitir solventar los problemas que presentaba la constitución del derecho real de garantía clásico sobre estos bienes (la prenda) (23), sustituyéndose la transmisión de la posesión por la publicidad registral (24).

Pero vayamos por pasos. Respecto de la admisibilidad de la posesión de los bienes inmateriales, la doctrina se halla dividida. Así, encontramos un sector que considera que no cabe la posesión de bienes inmateriales por la imposibilidad de ejercitar un control directo sobre los mismos de forma exclusiva y excluyente respecto de terceros (25). Otros, en

(23) Propósito expresado por la Exposición de Motivos cuando dice que se pensó en *la prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria como medio de hacer viable la garantía real para estos bienes... que por su naturaleza se adaptaban con dificultades a los modelos clásicos*.

(24) En este sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *Curso de derechos reales. Los derechos reales limitados*, Civitas, Madrid, 1987, p. 196, afirma que *la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento son prendas ordinarias en las que la posesión del acreedor es sustituida por la inscripción registral*.

(25) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *Curso...*, p. 134: *(n)o pueden ser objeto de prenda las cosas que no son poseíbles: res incorporeales traditionem recipere non possunt (POTHIER)*. La referencia a Pothier, no obstante, es incompleta. Éste admitía la cuasiposesión de las cosas incorporeales: *vid.* MARTÍN PÉREZ, Antonio: *Comentarios*

cambio, consideran que sí es posible la posesión de tales bienes, aunque dentro de este sector podemos distinguir dos concepciones: los que mantienen que es posible la posesión de la marca como objeto inmaterial (26), aunque no especifican cómo se lleva a cabo el acto posesorio (se entiende que será a partir del uso de la marca); y los que consideran que lo que se posee son los derechos que el registro de la marca otorga (27). En este último caso, no estamos ante la posesión de la marca sino ante una posesión de los derechos que sobre ella recaen (28). La discusión pasa entonces del terreno de la posesión de los bienes inmateriales a la posesión de derechos, aunque este último tema parece ser más pacífico en la doctrina, que se decanta por su admisibilidad. El matiz diferenciador permitiría simplificar la discusión sobre el tema posesorio de los bienes incorporales.

En lo que sí existe acuerdo en el sector que admite la posesión sobre la marca es en que la posesión de los bienes inmateriales ha de ser considerada como una posesión *sui generis*, lo que conlleva que no sean aplicables directamente

al Código civil y Compilaciones Forales, dir. Manuel Albaladejo, Silvia Díaz Alabart, t. VI, Edersa, Madrid, 1993, comentario al artículo 437 C.c., p. 142.

(26) DORAL GARCÍA, José Antonio: "Posesión y empresa", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 549, con cita de la STS de 29.11.68

GUILARTE ZAPATERO, Vicente: *Comentarios...*, p. 502, al estudiar el objeto de la prenda afirma que *respecto de la condición de mueble se estima que pueden ser objeto de prenda las cosas que legalmente tengan atribuida tal naturaleza, aunque sean de las más diversas especies, ya se trate de cosas corporales o incorporales, consumibles o no consumibles, fungibles o no fungibles, de créditos, acciones de sociedades, títulos, letras de cambio, patentes, etc.*

(27) Basándose en el artículo 3 LM, ROCA i TRÍAS, Encarna: "Concepto y elementos de la posesión", en Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, Vicente L. MONTÉS PENADÉS (coord.), *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 160.

En cambio, a partir del artículo 30 LM, MARTÍN PÉREZ, Antonio: *Comentarios...*, p. 168.

(28) La distinción, no obstante, puede en la práctica resultar inoperante. La propia Resolución objeto de comentario utiliza ambos términos: hipoteca sobre los derechos que el titular de la marca ostenta sobre la misma e hipoteca de la marca.

todas las reglas sobre la posesión de las cosas corpóreas (29), sino que es necesario atender a la naturaleza especial del objeto poseído. Así, afirma LUIS DíEZ-PICAZO que *en un plano teórico no hay especial dificultad para hablar de derechos reales sobre bienes inmateriales, siempre que se mantenga claro que son especiales o sui generis; desde un punto de vista práctico,... la aplicación a estos derechos de las normas relativas a los derechos reales clásicos ha de ser una aplicación analógica con todas las dificultades que ello acarrea* (30).

Por lo que respecta a la relación entre traspaso posesorio y derecho real de prenda, tanto el artículo 1.863 C.c. (31) como el artículo 8.1 de la Llei catalana 22/1991, de 29 de novembre, *de garanties possessòries sobre cosa moble* (32), exigen el traspaso de la posesión de la cosa dada en garantía por parte del pignorante al acreedor pignoraticio. Este es un elemento estructural de la prenda, ya que, siguiendo a JOSÉ LUIS LACRUZ (33), podemos decir que *el desplazamiento posesorio desempeña una función de control patrimonial y de publicidad: asegura al acreedor que el deudor –o quien constituyere la prenda– no enajenará como libre, a terceros adquirentes de buena fe, en fraude de su derecho, el bien mueble gravado; y, al mismo tiempo, pone sobre aviso a los sucesivos –o precedentes, no privilegiados– acreedores del mismo deudor, sobre la limitación de solvencia*

(29) DíEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 596-597; LACRUZ, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, III, 1, *Derechos reales. Posesión y propiedad*, 3.ª ed., José M.ª Bosch editor SA, Barcelona, 1991, p. 67.

(30) DíEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos...*, p. 161

(31) Artículo 1.863 C.c.: *Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo.*

(32) Artículo 8.1 Llei 22/1991, de 29 de novembre, *de garanties possessòries sobre cosa moble* (DOGC n.º 1530, de 16 de diciembre): *La penyor, constituïda per qualsevol títol, requereix:... b) La transmissió de la possessió de la cosa al creditor o a un tercer, d'acord amb el pignorant, per qualsevol mitjà admès per la llei.*

(33) LACRUZ, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, III, 2, *Derechos reales. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., José M.ª Bosch editor SA, Barcelona, 1991, p. 299.

que experimenta el patrimonio del mismo, consecuente a la afección preferente del objeto pignorado (34). Por ello, JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, en sede de prenda (aunque sin referirse a los bienes inmateriales), dice que *la posesión ha de ser material y notoria, no bastando la posesión como derecho. Por eso no son formas válidas de constitución de la prenda las formas espiritualizadas* (35).

Que la posesión de los bienes inmateriales sea considerada una posesión *sui generis* conlleva que, de un lado, el poseedor no ejerza un poder exclusivo y excluyente en el uso de la cosa y, de otro, que no sea posible configurar la posesión como el medio de publicidad del gravamen que recae sobre el bien inmaterial. Por tanto, la transmisión de la posesión en los derechos reales de garantía que tienen por objeto estos bienes no es un elemento estructural de este tipo de derechos. Ello nos lleva a la necesidad de establecer un sistema corrector para dar publicidad a la carga y así poder predicar la reipersecutoriedad de la misma (principio que, como vimos, sí es estructural de los derechos de garantía). Y así, ha considerado JOSÉ MASSAGUER (36) que la eficacia *erga omnes* derivada de la posesión de la cosa pignorada y la fecha consignada en instrumento público quedan sustituidas por la inscripción en el Registro de Marcas y por el principio de titulación pública.

Pero, ¿en qué situación nos encontramos cuando la naturaleza del bien nos obliga a introducir mecanismos para dar publicidad al derecho real? Habiendo visto que tal mecanismo es la inscripción en un registro, hay que decir que nos

(34) En términos parecidos, y recalcando la necesidad de escritura pública para que la prenda surta efectos contra terceros, GUILARTE, Vicente: *Comentarios...*, pp. 490-491.

(35) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *Curso...*, p. 124. La justificación radica en la determinación del rango preferente, para el caso de existir un acreedor pignoraticio con posesión material de la cosa y otro con posesión instrumental.

(36) MASSAGUER FUENTES, José: *La intervención del Corredor de Comercio en los contratos relativos a derechos de propiedad industrial e intelectual*, IX Seminario de Estudios sobre La Fe Pública Registral, Madrid, 1996, p. 297.

aproximamos a la hipoteca mobiliaria. Ahora bien, existen diferencias de régimen sustantivo que pueden ser relevantes a efectos de determinar la elección por una u otra garantía. Así, para el caso de constituir una prenda, no será necesaria la doble inscripción de la carga (Registro de Hipoteca Mobiliaria: art. 3.3 LHMPSD; y Registro de Marcas: art. 46.3 LM), sino que será suficiente la del Registro de Marcas. Además, la prenda de la marca permitiría constituir posteriores prendas sobre la misma marca, duplicidad de gravámenes que no sería posible de constituirse una hipoteca mobiliaria sobre la marca, pues el artículo 2 LHMPSD establece la prohibición de hipoteca sobre bienes ya pignoralados, hipotecados o embargados. Otras ventajas de la constitución de una prenda sobre la marca serían la simplificación de las formas de ejecución (en relación a la forma de ejecución de la hipoteca mobiliaria) y el poderse ver favorecido el acreedor pignoraticio con el efecto anticrético (arts. 1.868 C.c. y 2.b Ley 22/91 catalana) respecto de los frutos que produzca la cosa.

En cambio, la hipoteca mobiliaria proporcionaría la ventaja de permitir al deudor usar la cosa, actuación que no es posible en la prenda ordinaria (37), a menos que proponamos también una interpretación de la prenda ordinaria de bienes inmateriales a fin de permitir el uso de la cosa por

(37) El C.c. no prevé el uso de la cosa por parte del deudor pignorante porque, en el marco en que está pensada la regulación, que es el de los bienes materiales, el referido uso es materialmente imposible.

Podríamos preguntarnos, no obstante, sobre las repercusiones de la pérdida de la posesión de la cosa por parte del acreedor pignoraticio o del pacto según el cual el acreedor permite al pignorante permanecer en posesión de la cosa. ¿Es lícito tal pacto? ¿Pierde entonces la prenda el principio de oponibilidad, desfigurándose así el derecho real? Según VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: "Observaciones sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca", en *Estudios sobre garantías reales*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, p. 34, *(e)n el supuesto de la prenda, no poseída por quien debe tenerla, se produce más que una simple presunción desfavorable al titular de la misma que no posea, pues tal desposesión da lugar a la pérdida total de preferencia, que lleva consigo la de toda persecutoriedad contra los que adquieren, de su legítimo propietario, la cosa o algún derecho que lleve aneja su posesión.*

parte del pignorante, lo cual es posible vista la función que desempeña la posesión de este tipo de bienes. Esto, a su vez, nos lleva a preguntarnos sobre la posibilidad de constituir una prenda sobre la cuota de un bien inmaterial, negocio que si bien sería materialmente imposible para un bien corporal (por la necesidad del traspaso posesorio), podría realizarse para uno incorporeal.

El debate de fondo cuando se discute sobre los derechos reales de garantía que pueden recaer sobre bienes inmateriales es el poder escoger o no entre diferentes regímenes sustantivos que otorguen una misma garantía (cual es la tan reiterada reipersecutoriedad, *ius distrahendi* y preferencia crediticia) y que a la vez atiendan a las necesidades de los contratantes. El sistema de garantías mobiliarias español ha de seguir siendo considerado rígido si la única garantía posible que se puede constituir sobre los bienes inmateriales es la hipoteca mobiliaria. Los contratantes han de poder acogerse al tipo de garantía que mejor se acomode a sus necesidades, forzando y reinterpretando, si es necesario, los clásicos derechos reales de garantía en aquello que la especial naturaleza del bien exija.

239

V. La hipoteca mobiliaria constituida por su único titular sobre la cuota de una marca

La Resolución que es objeto de este comentario denegó la inscripción de la hipoteca mobiliaria sobre una cuota de la marca por considerar que su único titular, por exigencia del artículo 1.2 LHMPSD, debía hipotecar la totalidad del bien. Pero, ¿es esto lo que establece tal artículo? Según su tenor literal, *(s)i tales bienes* [los aptos para constituir el objeto de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento] *estuvieren en proindivisión o pertenecieren en usufructo y en nuda propiedad a distintos titulares, sólo podrán hipotecarse o pignorarse en su totalidad y mediante el consentimiento de*

todos los partícipes. El artículo regula, pues, únicamente cómo debe constituirse la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento para el caso en que la titularidad de la marca esté en comunidad y para el caso en que exista un derecho real limitado sobre el bien (38). No regula, por tanto, el supuesto en el que quien actúa es su único titular. El artículo 1.2 LHMPSD no establece, por tanto, limitaciones a la capacidad dispositiva del titular ni tampoco establece limitaciones en atención al objeto que constituye la garantía. Por tanto, el artículo regula un universo de casos dentro de los cuales no se encuentra el supuesto litigioso. Consecuencia de ello es la inaplicabilidad al caso del artículo 1.2 LHMPSD.

Nos encontramos, pues, ante una laguna normativa, ya que el ordenamiento no atribuye ninguna consecuencia jurídica a un caso que ha generado, como es el de saber qué régimen se aplica a los actos de disposición y gravamen realizados por el titular único de una marca sobre una cuota de ésta. Por tanto, y dado que una de las características de los ordenamientos es que sean completos, es necesario rellenar tal laguna y determinar el derecho aplicable al caso. La propia LHMPSD ya estableció cómo hacerlo: su Disposición Adicional 3.^a LHMPSD dispone que *(e)n el caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles y con lo prevenido en los artículos anteriores* (39).

(38) El artículo 1.2 LHMPSD no es una muestra de claridad en el redactado de una disposición legal. ¿Quiénes son los partícipes? Parece estar pensado para el caso en el que o bien el usufructuario o bien el nudo propietario de la marca, o bien ambos, son una pluralidad de personas. En tal caso, es necesario el consentimiento de todos ellos. No parece resolver el caso en que un sujeto es el usufructuario y otro el nudo propietario. A ellos no va referida la expresión *si... pertenecieren en usufructo y en nuda propiedad a distintos titulares*, porque por hipótesis los derechos reales limitados necesitan de una pluralidad de sujetos. La solución a este supuesto, no obstante, parece que sería la misma: necesidad del consentimiento tanto del nudo propietario como del usufructuario.

(39) La Disposición Final del Reglamento de la LHMPSD, de 17 de junio de 1955 (BOE n.º 198, de 17 de junio) establece, en igual sentido, que *(e)n todo lo*

A continuación nos preguntaremos, primero, sobre la posibilidad de constituir una hipoteca sobre una cuota, con independencia de la existencia de cotitularidad sobre el bien (apartado A); y, segundo, admitida ésta, sobre la compatibilidad de tal hipoteca con el contenido sustantivo de los preceptos de la LHMPSD (apartado B).

A) La hipoteca de cuota.

La legislación hipotecaria no establece traba alguna por razón del objeto ni por razón de la capacidad del sujeto a la hipoteca de cuota. Es más, al regularse la distribución del crédito hipotecario se parte de la posibilidad de hipotecar cuotas, como se advierte en los artículos 216.1 (40) y 217 RH (41). Esto es así por el papel que desarrolla la cuota: la hipoteca de cuota no supone la hipoteca de una parte del bien, que tiene una materialización física, sino que es simplemente una medida de valor, como se ve claramente en el proceso de ejecución de la hipoteca (42).

241

Ahora bien, el legislador siempre que trata las cuotas parece hacerlo desde la perspectiva de que quien actúa es

no previsto en la Ley de 16 de diciembre de 1954 y en el presente Reglamento se aplicarán subsidiariamente las normas de la legislación hipotecaria, en cuanto sean compatibles.

(40) Artículo 216.1 RH: *No se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder.*

(41) Artículo 217 RH: *Si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos, para los efectos del artículo anterior, la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución.*

(42) Sobre el concepto de cuota como medida de valor, *vid.* BELTRÁN DE HEREDIA, José: "La Comunidad de bienes en derecho español", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954, p. 173: *la cuota es, simplemente, la proporción, medida o razón, en virtud de la cual se limitan y armonizan recíprocamente los distintos derechos de propiedad; es decir, el índice de la proporción en el uso y disfrute, percepción de las utilidades, de las cargas y, en definitiva, el valor representado por la cosa común, cuando la propiedad cesa.*

un comunero. A éste se le considera como pleno propietario de su parte y, como tal, capacitado para ejercitar los actos típicos de dominio: alienación y gravamen (art. 399 C.c.). En cambio, no se recoge expresamente la posibilidad de que el titular pleno actúe sobre una cuota. Pero esta falta de previsión legal no nos ha de conducir a considerar que tal supuesto esté prohibido por el ordenamiento, ya que el artículo 348 C.c. otorga al propietario facultades de actuación omnímodas, sin otra limitación que las establecidas legalmente. Y el artículo 1.2 LHMPD ya hemos visto que no establece limitación alguna al titular pleno, sino a otros (co)titulares.

Por otro lado, la posibilidad de que el titular único de un bien hipoteque una cuota de éste también ha estado admitida por la doctrina, y así MANUEL ALBALADEJO considera que *(l)a hipoteca puede recaer sobre derechos "enteros" (valga el término), pero también sobre "parte de éstos" o sobre "parte de las facultades" que los integran. Por la misma razón que se admite la hipotecabilidad de parte de las facultades de un derecho, hay que aceptar también la de parte del derecho que sea. Por ejemplo, el dueño (con plena propiedad) total de una finca, hipoteca sólo la mitad alícuota de su derecho. Con lo que, si se incumple la obligación asegurada con la hipoteca, la ejecución de ésta alcanzará a promover la enajenación únicamente de la mitad indivisa hipotecada* (43).

Otro argumento que avalaría la hipotecabilidad de la cuota por parte del único titular es el principio de lógica jurídica según el cual *quien puede lo más puede lo menos*. Así, si es posible transmitir una cuota del bien, con lo que se generará una comunidad sobre la cuota si el transmitente

(43) ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, t. III, *Derecho de bienes*, volumen 2.º, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, 8.ª ed., José Mª Bosch editor, SA, Barcelona, 1994, p. 296.

La posibilidad de que el propietario pleno hipoteque el derecho de usufructo fue reconocida por la importantísima RDGRN 27.5.68.

es el único titular, con mayor razón será posible únicamente gravarla. La Resolución, en este punto, se queda a medio camino, porque el centro directivo, después de reconocer la posibilidad de transmitir la parte indivisa de una marca, no permitió gravarla (44).

Finalmente, es significativo que el propio legislador hiciera referencia en la Exposición de Motivos a la inexistencia de *inconveniente teórico* para admitir la hipoteca de cuota, aunque después optara por establecer la restricción del artículo 1.2 LHMPSD. Ese aspecto, no obstante, será tratado en el siguiente punto, al preguntarnos sobre el alcance del contenido de la Exposición de Motivos.

De lo visto hasta ahora podemos concluir que uno de los principios que inspiran el ordenamiento civil es el de reconocer al propietario una libertad absoluta sobre el objeto de propiedad, principio que se concreta en permitir realizar cualquier acto o negocio con la única limitación que las legalmente previstas. Y esto es así porque de esta forma se satisface el derecho de goce y disposición que el referido artículo 348 C.c. reconoce al propietario, con independencia que sea el titular único del bien o el titular de una cuota del mismo. Y en este sentido decía la Resolución que comentamos en su Fundamento de Derecho 2.º, aunque a la hora de resolver no lo tuviera en cuenta, que *(u)na cuota en proindiviso, cualquiera que sea la posición que se adopte sobre la naturaleza de un objeto o elemento inmaterial en comunidad (cfr. art. 392 C.c.) concede a su titular el mismo derecho cualitativo al objeto en proindivisión que la titularidad plena... y participa de sus mismas características* (45).

(44) Si bien lo hizo ex 1.2 LHMPSD, pero ya hemos visto que este artículo no es aplicable al caso.

(45) Desde el punto de vista del copropietario de una marca, José Manuel GARCÍA GARCÍA, en sus trabajos de actualización del *Código de legislación hipotecaria y del registro mercantil*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1990 (acceso a dichos trabajos por amabilidad del autor), considera que éste se encuentra en una situación de agravio comparativo respecto del titular pleno, ya que necesita la actuación de *todos los partícipes* (art. 1.2 LHMPSD *in fine*): *nada justifica que un copropietario -dice*

B) La hipoteca de cuota y la LHMPSD.

La segunda cuestión es la referida a la compatibilidad de la hipoteca de cuota con el contenido de la LHMPSD. En este punto se abordarán dos cuestiones: el papel que juega el contenido de la Exposición de Motivos [1] y determinar si tal hipoteca atenta contra los principios estructurales de la hipoteca mobiliaria [2].

1. En la propia Exposición de Motivos el legislador reconoció que era posible constituir una hipoteca sobre la cuota, pero por un conjunto de consideraciones que a continuación se expondrán optó por no permitirla. Dice literalmente la Exposición: “... (S)e ha creído conveniente **no admitir la posibilidad de hipoteca... de bienes que, pudiendo serlo por su naturaleza, se hallan en situaciones jurídicas especiales; así ocurre con los bienes anteriormente hipotecados, pignorados o embargados, y con las cuotas indivisas de aquéllos. Aunque, en principio, no existe inconveniente teórico para admitirlas, se ha estimado que, desde un punto de vista práctico, debían excluirse,...**”.

Esta voluntad del legislador no fue recogida por el articulado de la LHMPSD, y más concretamente, por su artículo 1.2, con la precisión y extensión que requeriría la limitación de las facultades dominicales del propietario. Tal artículo, hemos dicho, regula los casos de cotitularidad (del derecho de propiedad –copropiedad– o de derechos reales limitados), mas no el de titularidad plena. Por tanto, debemos preguntarnos sobre el alcance de esta declaración expuesta en la Exposición de Motivos. Para ello trataremos del valor normativo de las exposiciones de motivos y de la posible inciden-

el autor citado– sea de peor condición que el propietario de la totalidad respecto a la cuota de que puede disponer, por lo que, de acuerdo con una interpretación sistemática del ordenamiento en su conjunto, ha de superarse la dicción del presente párrafo, interpretando incluso que lo que se prohíbe es hipotecar una parte material no indivisa, pero no una cuota indivisa.

cia que pueden ejercer en la tarea de aplicación del derecho.

Respecto del valor normativo de las exposiciones de motivos, la doctrina ha señalado que éstas *carecen de valor normativo directo, entendiendo por valor normativo directo la aptitud para regular por sí mismos situaciones y relaciones jurídicas* (46). Las exposiciones de motivos desempeñan otras funciones: permiten la interpretación histórica del texto legal al amparo del artículo 3.1 C.c. –aunque hay que recordar que este criterio hermenéutico no es el único establecido por el artículo 3.1 C.c. y que plantea numerosos problemas a la hora de concretar la *voluntas legislatoris*– y se convierten en *un mecanismo que facilita la efectividad de la responsabilidad política difusa del Parlamento ante los ciudadanos* (47). En este caso, nos encontramos ante un supuesto en el que el legislador manifestó su voluntad en la Exposición de Motivos, pero no la corroboró en el articulado de la Ley. Por tanto, dado que la Exposición no es el medio técnico adecuado para prescribir enunciados normativos y que el criterio interpretativo que aporta está desprovisto de la base objetiva sobre la que desplegarse, la finalidad enunciada por la Exposición no va más allá de manifestar un aspecto de la *voluntas legislatoris* (48) (49). *Voluntas*, por otro lado, que es compleja de determinar no sólo por los clásicos proble-

(46) Díez-PICAZO, Luis María: “Los preámbulos de las leyes”, *ADC*, 1992, p. 516, basando jurídicamente tal afirmación en la costumbre constitucional existente en el ordenamiento jurídico español que le ha negado tal capacidad normativa.

(47) Díez-PICAZO, Luis María: “Los preámbulos...”, p. 533.

(48) MARTÍN CASALS, Miquel: “Preámbulo y disposiciones directivas”, en GRETEL, en *Curso de técnica legislativa*, Cuadernos y Debates n.º 14, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 78, señala claramente que *(e)n nuestro Ordenamiento no cabe atribuir al Preámbulo un valor normativo. El Preámbulo es parte de la Ley, pero parte expositiva, no dispositiva*. De lo que deduce dos importantes consecuencias: a) *(E)n caso de discrepancia entre el Preámbulo y el texto articulado, prevalece éste*; b) *no es posible fundamentar resultados normativos en base a lo expuesto en el Preámbulo cuando éstos no se puedan inferir de la parte dispositiva de la Ley*.

(49) Por tanto, la voluntad del legislador por encima del articulado de la ley sólo puede prevalecer cuando sea perfectamente cognoscible y no contradiga el texto legal: PÉREZ ALGAR, Félix: *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del artículo 3.1 del Código civil*, José M.ª Bosch editor, SA, Barcelona, 1995, pp. 61-62.

mas apuntados por la doctrina (determinación de la voluntad de un ente colectivo, difuminación de tal voluntad con el transcurso del tiempo, rigidez de las decisiones tomadas mediante ella respecto de la realidad social, ...) sino también por los propios recelos que tiene el legislador de la LHMPSD cuando, tras optar por tal solución, dice que *acaso en ulteriores reformas legislativas pueda llegar a ser aconsejable la supresión de estas prohibiciones*. Esta manifestación puede constituir también un criterio a tener en cuenta por los aplicadores del derecho.

Por otro lado, establecer una prohibición derivada de una interpretación de la Exposición de Motivos sería tanto como introducir restricciones a las facultades dominicales del propietario, restricciones que si bien están previstas legalmente de forma expresa para el caso de cotitularidad (50), no pueden ser extendidas a supuestos no regulados por el articulado de la ley, como es el de titularidad única del bien objeto de hipoteca. No parece admisible que la Exposición de Motivos sea la *ratio decidendi* del caso, realizando para ello una interpretación no estricta sino restrictiva de la letra de la Ley (51).

Finalmente, es importante preguntarnos sobre las motivaciones que llevaron al legislador a establecer tales prohibiciones, para ver si pueden desplegar algún efecto en el caso que nos ocupa (aunque recordemos que tales prohibiciones no afectan a nuestro universo de casos). Concretamente, según la Exposición de Motivos, la prohibición busca *dar a la nueva institución la mayor sencillez y seguridad posibles y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derechos y que en el momento de la ejecución crearían un*

(50) Lo cual provocó la crítica de la doctrina: GÓMEZ-ACEBO SANTOS, Felipe: "La hipoteca de establecimiento mercantil", *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIX, n.º 55, pp. 125-126.

(51) En este sentido, sostiene GIMÉNEZ DUART, Tomás: *La Notaria, Butlletí del Col·legi de Notaris de Barcelona*, n.º 1, enero 1996, p. 236, que no se está haciendo una interpretación literal de la prohibición contenida en el artículo 1.2 LHMPSD sino más bien una interpretación extensiva.

confusionismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas. Por un lado, no se alcanza a ver cómo la obligación de hipotecar todo el bien o la necesidad de que concurren el consentimiento de todos los cotitulares de derechos sobre el bien dan una mayor sencillez y seguridad a la hipoteca que se constituye; antes al contrario: convierte la constitución de la hipoteca de estos bienes en un negocio extremadamente difícil dado el número de voluntades que han de concurrir. La garantía de que goza el acreedor hipotecario viene dada por la naturaleza misma de la hipoteca, no por requisitos accidentales como los expuestos por el artículo 1.2 LHMPSD. Por otro, la ejecución de la hipoteca sobre una cuota tampoco provocará colisiones de derechos, sino situaciones de cotitularidad sobre el bien ejecutado, si es que no existe ya comunidad. La referencia a las colisiones de derechos tiene sentido respecto de la prohibición de pluralidad simultánea de cargas sobre un mismo bien o de embargos sobre ese bien; mas no afecta al objeto mismo de la hipoteca.

247

2. Tampoco cabe alegar que los principios que rigen la legislación hipotecaria inmobiliaria, que permite la hipoteca de cuota, son incompatibles con los principios de la LHMPSD, y así excluir la aplicación de la legislación hipotecaria en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional 3.^a *in fine*. Y no cabe porque la prohibición de hipotecar cuotas indivisas establecida en la LHMPSD no es un principio estructural propio de los derechos reales de garantía, sino que es una opción de política legislativa (más o menos) justificada por su Exposición de Motivos, que de por sí es contradictoria con el tratamiento de las cuotas de los bienes hipotecados, y que no está establecida por el articulado de la ley.

Que no es un principio estructural de la LHMPSD la imposibilidad de hipotecar cuotas se advierte en el hecho de que la propia ley contempla supuestos que tienen por objeto la cuota. Así, primero, al regular el procedimiento de ejecución de la hipoteca, se prevé la adjudicación de cuo-

tas del bien hipotecado. Según los artículos 84.10 y 87.11 LHMPD, la adjudicación se limitará *a las demás participaciones indivisas que se ejecutan*, lo que nos permite apreciar cómo el legislador permite la actuación sobre cuotas. Segundo, disponen estos mismos artículos que el rematante de la cuota ejecutada puede ser un *tercer poseedor de los bienes*, supuesto que engloba, *mutatis mutandis*, el caso del acreedor hipotecario de una cuota de la marca; tercero, respecto de la anotación preventiva de embargo, disponen los artículos 68.d) LHMPD y 34-39 de su Reglamento que ésta podrá recaer sobre la cuota indivisa de uno de los cotitulares (y ello sin que el consentimiento de los restantes fuera necesario) (52).

También se aprecia que no es un principio estructural en la afirmación realizada por el legislador y ya comentada según la cual la prohibición es el resultado de una opción legislativa, y no de imposibilidades legales o de problemas dogmáticos. Ya vimos, no obstante, cómo la intención del legislador no se plasmó en el redactado de la ley.

Finalmente, algunos aspectos prácticos hacen todavía más incomprensible la restricción a la hipoteca de cuota a que nos estamos refiriendo. De un lado, obligar a hipotecar la totalidad del bien puede ser desproporcionado cuando el bien dado en garantía tiene un alto valor de mercado que excede en mucho la cuantía del préstamo que aseguraba (en el caso, unos 3.000 millones de pesetas). Por otra parte, no hay que olvidar que el artículo 2 LHMPD prohíbe que el bien previamente hipotecado sea susceptible de volver a ser dado en garantía. Los dos aspectos apuntados permiten afirmar con razón que el legislador fue excesivamente escrupu-

(52) Siguiendo a José Manuel GARCÍA GARCÍA, *cit. supra*, así lo impone el principio de responsabilidad universal del deudor en garantía de los acreedores. También pone de manifiesto que *no resulta muy adecuado que un acreedor ordinario pueda obtener una garantía a través de una anotación de embargo sobre una cuota indivisa, y que no se permita la constitución convencional de una garantía hipotecaria para obtener preferencia sobre acreedores ordinarios*.

loso al proteger los intereses de los acreedores hipotecarios, y que lo hizo en detrimento de los titulares de los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria, quienes veían disminuida su capacidad para conseguir créditos (53). Finalmente, no se acaba de ver qué interés de orden público económico está protegiendo el legislador cuando prohíbe al acreedor hipotecario aceptar como garantía un bien (una cuota indivisa) que a él ya le satisface.

VI. La indivisibilidad de la marca

Según el artículo 41.2 LM, *a los efectos de cesión o gravamen, la solicitud de registro de marca o la marca ya concedida son indivisibles, aunque pueden pertenecer en común a varias personas*. Corresponde en este momento preguntarnos sobre el alcance del principio de indivisibilidad referido a las marcas.

249

La doctrina, al tratar sobre el concepto de indivisibilidad de la marca, ha señalado dos aspectos del mismo que son complementarios: el primero estaría más próximo al Derecho Civil y abordaría la cuestión desde la perspectiva de la comunidad de bienes (apartado A); el segundo, propio del Derecho de la Propiedad Industrial, dotaría el concepto de indivisibilidad de la marca de un significado propio a partir de la función que la marca desarrolla en el tráfico (apartado B).

A) El concepto de indivisibilidad en el Derecho Civil.

La indivisibilidad de una marca no significa que ésta no pueda estar sujeta al régimen de copropiedad o cotitulari-

(53) Consecuencia que reconocía la propia EM: *Tal vez, y ello se ha tenido muy en cuenta, se limiten las posibilidades de crédito, y por tal razón, acaso en ulteriores reformas legislativas pueda llegar a ser aconsejable la supresión de estas prohibiciones; pero, en la actualidad, es preferible establecerlas para asegurar el éxito de la Institución.*

dad. El propio artículo 41.2 LM *in fine*, después de establecer que la marca es indivisible, reconoce que puede pertenecer en común a varias personas, es decir, que puede existir sobre ella una comunidad. La pluralidad de titulares sobre una marca puede ser bien originaria (por ser varios los que solicitan el registro de la marca), bien derivativa (al distribuirse entre los sucesores del titular, p.e.). Los supuestos de comunidad de una marca se rigen por las normas de comunidad de bienes del Código civil (arts. 392-406 C.c.), pues la LM no establece norma alguna que regule este supuesto (54).

Es bien sabido, por otro lado, que el C.c. contempla desfavorablemente las situaciones de cotitularidad por considerarlas improductivas económicamente y generadoras de conflictos entre los comuneros. Por este motivo, y a fin de acabar con ellas, el artículo 400 C.c. reconoce a los comuneros la facultad de salir de la comunidad mediante el ejercicio de la acción de división de la cosa común. Mas la especificidad de las funciones que desarrolla la marca impide que ésta pueda ser dividida materialmente, pues de hacerlo perdería la capacidad de indicar la procedencia de los productos y servicios y de determinar la calidad de éstos. El elemento psicológico de la marca, que es el que permite a los consumidores relacionar un producto o servicio con su fabricante, desaparecería. Por lo cual, la marca tiene que ser considerada como bien indivisible (55). En este sentido, afir-

(54) A diferencia de la Ley de Patentes; *cfr.* artículo 72 LP.

(55) Recuérdese que la marca no está formada únicamente por los signos o medios relacionados en el artículo 2 LM (palabras, combinaciones de palabras, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, letras, cifras y sus combinaciones, formas tridimensionales y cualquier otra combinación de los signos o medios enunciados), sino también por la capacidad para *distinguir en el mercado productos o servicios de una persona de productos o servicios idénticos o similares de otra persona* (art. 1 LM). La marca, pues, tiene un elemento material y otro psicológico, por lo que tiene que ser considerada como un bien inmaterial. Como tal, es imposible de dividir materialmente. *Vid.* sobre el elemento material y el elemento psicológico FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Fundamentos...*, pp. 21-25; MASSAGUER, José: *Enciclopedia...*, pp. 4170-4171; VICENT, Francisco: *Compendio...*, pp. 1218-1219.

maba MANUEL DíEZ VELASCO (56) que la marca es esencialmente indivisible, dada *su propia naturaleza extrajurídica, económica y funcional*.

Así, CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA (57), al tratar las causas de extinción de la comunidad de bienes titular de una marca, apunta, siguiendo el artículo 400 C.c., la acción de división de la cosa que puede pedir cualquier comunero. Y advierte que *dado que la marca es esencialmente indivisible, los comuneros tendrán que convenir la adjudicación de la marca a uno de ellos, indemnizando a los demás; si no se logra en este punto un acuerdo, la marca se venderá y se repartirá su precio*, que es la solución establecida por el artículo 404 C.c. La propia Resolución ya se aproxima a este concepto de indivisibilidad al decir que *se hace posible transmitir una parte indivisa de una marca, sin que la cuota enajenada llegue a conferir un eventual derecho a la división de la misma en entidades menores a la inicial* (FJ 2).

251

El principio de indivisibilidad de la marca no plantea únicamente problemas con la acción de división, sino también con las facultades de que dispone cada comunero sobre la cosa común. La naturaleza de bien inmaterial que tiene la marca hace que sea insuficiente el artículo 394 C.c. para solucionar la cuestión. Y esto es así porque cuando un comunero usa la cosa, no excluye a los otros de que también lo hagan, lo cual puede provocar un riesgo de confusión entre los consumidores dado que una misma marca podría ser utilizada de diferentes formas por varias personas. El uso de la marca, por tanto, requerirá el acuerdo de todos los titulares.

(56) DíEZ VELASCO, Manuel: "Régimen y disolución de la copropiedad de marcas", en *Estudios sobre propiedad industrial*, Grupo Español de la AIPPI, 1987, p. 600. Este mismo artículo también fue publicado en *Revista de la Propiedad Industrial*, n.º 78, julio-agosto, 1953.

(57) FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Derecho de marcas...*, pp. 220-221 y, especialmente, la nota 33: *Por establecerse expresamente en el artículo 4(2) [sic; rectius: 41(2)] el principio de indivisibilidad de la marca, no tiene lugar en ningún caso la división de la marca común*.

El principio de indivisibilidad también ha suscitado problemas al ponerse en relación con las facultades de disposición de su titular. En este sentido JOSÉ LUIS LACRUZ (58) consideraba dudoso, a la vista del artículo 41.2 LM, que alguien pudiera comprar *“una cuota” de la marca, una parte de ella, al titular que la tiene registrada* (59). Tal afirmación es cierta si lo que se quiere decir es que no puede transmitirse un derecho absoluto sobre una marca mediante la cesión de la cuota de otra. No obstante, la cesión de la marca es posible si con ella lo único que se produce es una situación de cotitularidad.

Por tanto, desde esta primera perspectiva el principio de indivisibilidad de la marca se relaciona con la comunidad de bienes y los problemas que ésta provoca, que son, especialmente, la acción de división de la cosa y el uso privativo de la cosa por cada comunero. Pero fijémonos que estamos hablando de casos de cotitularidad, y el nuestro no lo es. Y que los actos de disposición o gravamen que cada comunero realiza sobre su cuota no son conflictivos a estos efectos, porque no afectan al objeto de propiedad en sí, sino al régimen de titularidad del mismo.

Por otro lado, no hay que olvidar que, aunque el C.c. y la propia LHMPD miran con desfavor las situaciones de cotitularidad, éstas no están prohibidas. Es más, incluso están reguladas por las especificidades que comportan.

B) El concepto de indivisibilidad en el Derecho de la Propiedad Industrial.

El Derecho de la Propiedad Industrial ha elaborado un significado propio del concepto “indivisibilidad”, que abarca tres aspectos:

(58) LACRUZ, José Luis: *Elementos...* III, vol. 1.º, 3.ª parte, 1989, p. 105

(59) Afirmaciones parecidas en LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: “La comunidad de marca en la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988”, *RDP*, septiembre 1993, p. 789, y NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: *Comunidad e indivisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 131-132.

a) **Indivisibilidad funcional:** la indivisibilidad de la marca impide que su titular transmita sólo algunas de las diferentes facultades (derechos) que la titularidad implica reteniendo las otras o que sean cedidas a personas diferentes.

El registro de la marca confiere a su titular varios derechos, recogidos en el título IV (*Contenido del derecho de marca*), capítulo primero (*Efectos del registro de la marca y de su solicitud*) de la LM. Los más importantes son el derecho a utilizar la marca en el tráfico jurídico y el derecho a utilizarla de forma exclusiva, reconociéndose a tales efectos unas acciones de protección. El principio de indivisibilidad significa que el titular no puede ceder alguna de las facultades que la titularidad de la marca le confiere y reservarse las restantes (por ejemplo, ceder el uso y reservarse el ejercicio de las acciones), o ceder a personas diferentes algunas de las facultades. La cesión de la marca ha de comprender todas las facultades.

Así, siguiendo a ALBERTO CASADO CERVIÑO (60), podemos decir que *(e)l término indivisible implica que la marca deberá cederse o podrá ser gravada en su conjunto, afectando a la totalidad de las facultades que integran el contenido del derecho de marca sin que sea posible que la cesión o el gravamen recaiga únicamente sobre alguna o algunas de sus facultades* (61).

Si el titular de la marca quiere, a fin de mantener un control sobre el uso de la marca, conservar alguna de las referidas facultades, tendrá que licenciar la marca, pero no cederla.

b) **Indivisibilidad territorial:** la indivisibilidad de la marca impide que sea dividida territorialmente. Mediante este principio, también conocido como principio de unidad, el ceden-

(60) CASADO CERVIÑO, Alberto: "Transmisión y licencia de la marca y de la solicitud de marca en la Ley de 1988", *Actualidad Civil*, 1989, vol. 2, p. 2147.

(61) En igual sentido, MASSAGUER, José: "Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual", *La Ley*, 1995-4, p. 1168. *La intervención del Corredor de Comercio...*, p. 295.

te no podrá reservarse el uso de la marca para una determinada zona así como tampoco podrá ceder la marca a diferentes personas limitándoles el espacio físico en que la deben utilizar. ALBERTO CASADO (62) apuntaba que *(l)a marca debe ser cedida para todo el territorio nacional sin que sea posible que el cedente se reserve la totalidad de ese signo para una o varias regiones españolas* (63).

El principio de indivisibilidad territorial también inspira la marca comunitaria. El artículo 1.2 Reglamento 40/94 establece: *(l)a marca comunitaria tendrá carácter unitario. Salvo disposición contraria del presente Reglamento, producirá los mismos efectos en el conjunto de la Comunidad: sólo podrá ser registrada, cedida, ser objeto de renuncia, de resolución de caducidad o de nulidad, y prohibirse su uso, para el conjunto de la Comunidad.* Lo cual implica, según CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA (64), que *en la hipótesis de que la solicitud de marca comunitaria fracasase por virtud de la oposición entablada por el titular de una marca anterior o signo distintivo vigente únicamente en el Estado miembro A, la marca comunitaria sería denegada in totum: no sólo con respecto al Estado A, sino también con respecto a los restantes Estados de la Unión Europea en los que no se detectó ningún obstáculo para la concesión* (65). Asimismo, a nivel comunitario, la cesión parcial de una marca comunitaria podría implicar restricciones a la libre circulación de mercancías.

c) **Indivisibilidad objetiva:** la indivisibilidad de la marca impide que se cedan o graven sólo algunos de los productos o servicios para los que fue concedida.

(62) CASADO CERVIÑO, Alberto: "Transmisión y licencia...", p. 2147

(63) En igual sentido, MASSAGUER, José: "Los requisitos de forma...", p. 1168, *La intervención del Corredor de Comercio...*, p. 295.

(64) FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *El sistema comunitario de marcas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1995, pp. 35-36.

(65) En este mismo sentido, AREÁN LALÍN, Manuel: "La marca comunitaria...", p. 6914.

El sistema español de marcas se rige por el principio de marca uniclase, como se desprende del artículo 19.1 LM, según el cual *(l)a solicitud de registro de una marca no podrá comprender más que una sola clase de productos o servicios del nomenclátor internacional establecido en virtud del Arreglo de Niza de 15 de junio de 1957* (66). Este sistema implica que los derechos que la marca confiere están en relación con los productos o servicios para los cuales la marca fue concedida y registrada. No es un derecho absoluto, pues: la titularidad de una marca no supone poder utilizarla para con todos los productos o servicios del mercado, sino que es necesario concretarlos.

Los productos o servicios se clasifican por clases (67) y dentro de cada clase por lo que podríamos denominar como indicaciones (68). Una marca puede estar registrada para varias indicaciones. Lo que el principio de indivisibilidad implica es que no se pueden transmitir o gravar separadamente las indicaciones que han sido concedidas, ya que pertenecen a la misma marca. La cesión o gravamen tiene que comprender todas las indicaciones concedidas en que se subdivide la clase de la marca.

Esta acepción es pacífica en la doctrina (69). Así, José

(66) *Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas* establecida en virtud del Arreglo de Niza de 15 de junio de 1957, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en Ginebra el 13 de mayo de 1977, 6.^a ed., Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1992.

(67) El nomenclátor establece 34 clases para productos y 8 para servicios.

(68) Así, p.e., dentro de la clase 34 encontramos las indicaciones siguientes: tabaco; artículos para fumadores; cerillas.

(69) No obstante, el Anteproyecto de Ley de Marcas de 1980, elaborado por el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela, establecía en su artículo 41.1 que *(c)on independencia de la transmisión de la totalidad o de una parte de la empresa, la marca podrá ser cedida en relación con todos o una parte de los productos o servicios para los que ha sido registrada*. Aunque de la literalidad del artículo se pudiera mantener la ruptura del principio de indivisibilidad, no creemos que sea éste el sentido del precepto, sino más bien uno parecido al que se realiza *infra* del artículo 17.1 del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, *sobre la marca comunitaria*.

MASSAGUER (70) explica que tal principio *no sólo impide su transmisión a título definitivo para una parte de los productos o servicios, sino también la pérdida de la legitimación para ser titular (art. 10 LM) para una parte de los mismos*. Y FRANCISCO VICENT CHULIÁ (71), al referirse al artículo 41-2 LM, dice que tal artículo *incorpora el "principio de indivisibilidad de la marca" (y del registro de la marca), en virtud del cual no es válida su cesión sólo para una parte del territorio nacional y/o para una parte de los productos o servicios para los que es aplicable, norma que, sin embargo, no es aplicable a la licencia de marca*.

También TOMÁS VÁZQUEZ LEPINETTE (72) al tratar de los actos de disposición sobre la cuota de una marca manifiesta que tal posibilidad *no se ve coartada por el carácter indivisible que tiene la marca o su solicitud (cf. art. 41.2 LM), pues el precepto que establece dicha indivisibilidad prohíbe únicamente la cesión parcial de la marca, pero no la cesión de una cuota de una marca utilizada para distinguir todos los productos comprendidos en una misma clase del nomenclátor*. También es de la misma opinión JOSÉ LUIS ROMANÍ SOPENA (73) cuando no considera viable la posibilidad de transmitir una parte de los productos o servicios que la marca distingue.

Esta acepción del principio de indivisibilidad también se da en Derecho comunitario. El artículo 17.1 del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, *sobre la marca comunitaria*, establece que *(c)on independencia de la transmisión de la empresa, la marca comunitaria podrá ser*

(70) MASSAGUER, José: *Enciclopedia...*, p. 4191; "Los requisitos de forma...", p. 1168, *La intervención del Corredor de Comercio...*, p. 295.

(71) VICENT CHULIÁ, Francisco: *Compendio...*, p. 1237.

(72) VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: *La cotitularidad de los bienes inmateriales*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 344.

(73) ROMANÍ SOPENA, José Luis: "Cesión y licencia en la nueva regulación legal y en la marca comunitaria", en *Jornadas de Estudio sobre la Nueva Regulación Legal del Derecho de Marcas*, 1988, Grupo Español de la AIPPI, Madrid, 1990, p. 124.

cedida para la totalidad o para una parte de los productos o de los servicios para los cuales está registrada. De una interpretación literal del precepto podría sostenerse que en la marca comunitaria se produce un quebrantamiento del principio de indivisibilidad en el sentido en que hasta ahora ha estado siendo utilizado aquí. Ello estaría basado en entender por cesión parcial de la marca la transmisión al cesionario de algunos de los productos o servicios para los que la marca fue registrada, conservando el cedente esa misma marca en relación con los productos o servicios no incluidos en la cesión. Lo cual supondría entender que sobre una misma marca actúan (o pueden actuar) con plena y absoluta eficacia dos titulares diferentes, cedente o cesionario. Tal interpretación no es viable y la doctrina ya se ha encargado de aclarar el significado del referido artículo. Señala CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA (74), que (e)sta concepción no sería conciliable con el principio de unidad o indivisibilidad de la marca: principio que debe considerarse vigente en el ordenamiento jurídico comunitario (75)... Hay que acoger una segunda concepción de la cesión parcial de la marca: una concepción según la cual la marca comunitaria abandona el patrimonio del cedente para ser adquirida por el cesionario únicamente en relación con los productos o servicios mencionados en el documento de cesión. La consecuencia de la cesión parcial debe ser, por lo mismo, una limitación del registro de la marca cedida: del mismo serán eliminados los productos o servicios que no han sido incluidos en el docu-

(74) FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Derecho comunitario...*, pp. 266-268; "La cesión de la marca comunitaria", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 1245-1246.

(75) Según el autor, el principio de indivisibilidad de la marca es común a diversos ordenamientos nacionales europeos. Vid., p.e., art. 41.2 LM (nota 36). Y aporta más argumentos a continuación: *Esta primera concepción debe ser rechazada, además, porque una fragmentación de la marca cedida en dos marcas pertenecientes a titulares diversos traería consigo —muy probablemente— la caducidad de ambas marcas como consecuencia de la conversión de las mismas en signos engañosos.*

mento de cesión. Los efectos de la limitación de los productos o servicios cubiertos por la marca cedida se asemejan en cierto modo a los efectos que se derivan de una renuncia parcial de la marca comunitaria.

De forma parecida, considera JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE que aquella primera concepción supondría ir en contra de los principios de unidad e indivisibilidad de la marca comunitaria que inspiran el RMC (76) y que esta solución, de otro lado, podría provocar confusión y engaño en los consumidores, perdiendo la marca su elemento psicológico. Para el citado autor, *la cesión parcial... implica que la marca comunitaria abandona totalmente el patrimonio del cedente y se integra en el del cesionario únicamente en relación con aquellos productos o servicios afectos por los términos de la cesión* (77).

258

El principio de indivisibilidad de la marca, no obstante, no es absoluto, ya que puede no actuar en dos casos: primero, en los negocios de disposición, cuando el propio legislador lo excepciona, como sucede con las licencias de marca (art. 42.1 LM: *Tanto la solicitud de registro de marca como la marca podrán ser objeto de licencias para la totalidad o para una parte de los productos o servicios para los cuales esté registrada y para la totalidad o parte del territorio español*); segundo, cuando cede ante otros principios del ordenamiento, como es el caso del principio de conservación, como se ve en el caso de caducidad parcial de una marca (art. 54 LM: *Si la causa de caducidad solamente existiese para una parte de los productos o servicios para los cuales esté registrada la marca, la declaración de caducidad sólo se extenderá a los productos o servicios afectados*).

(76) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: "Comentario al artículo 17 del Reglamento (CE) 40/94, sobre la Marca comunitaria", en *Comentarios a los Reglamentos sobre la marca comunitaria*, coord. Alberto Casado Cerviño y M.^a Luisa Llobregat Hurtado, 1.^a ed., Universidad de Alicante, Alicante, 1996, pp. 224-225.

(77) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: "Comentarios al Reglamento...", p. 225.

Esta acepción del concepto de indivisibilidad es consecuencia del procedimiento mismo que hay que seguir para el registro de la marca. Según el artículo 18.e) LM, la descripción de la marca, que es una de los elementos que integran la solicitud de registro, deberá contener *(u)na enumeración clara de los productos o servicios a que haya de aplicarse la marca cuyo registro se solicite, con indicación de la clase del nomenclátor internacional a que pertenezcan*. El referido nomenclátor es el establecido en virtud del Arreglo de Niza de 15 de junio de 1957, y ya vimos anteriormente cómo establece un sistema uniclase de registro. Este sistema está recogido expresamente por la LM, cuyo artículo 19.1 dispone que *(l)a solicitud de registro de una marca no podrá comprender más que una sola clase de productos o servicios del nomenclátor* (78).

El principio de indivisibilidad en esta acepción es propio del Derecho de la Propiedad Industrial. Si bien la vigente LM da su contenido y efectos por sabidos, el anterior Estatuto de la Propiedad Industrial explicaba en qué consistía tal principio. Su artículo 11 establecía, con gran expresividad a efectos didácticos, que *(t)oda concesión de patentes, marcas, modelos, dibujos, nombres comerciales, rótulos de establecimiento y películas cinematográficas, será indivisible en cuanto al objeto, procedimiento, producto o resultado que hubiese servido para su otorgamiento...* La autorizada doctrina que había interpretado tal artículo decía de él que *(l)o que el precepto quiere decir es evidentemente que, tratándose como en este tipo de derechos ocurre, de objetos constituidos*

(78) En sede de patentes, BAYLOS, Hermengildo: *Tratado...*, p. 702, explica en términos parecidos la génesis de este concepto: *la delimitación del objeto de la patente... se realiza mediante una Memoria descriptiva..., al pie de la cual "se extenderá una nota reivindicatoria que exprese clara y distintamente la parte, partes, piezas, movimientomecanismo, operación, procedimiento o materia que se reivindique como objeto único de patente..." (art. 100.3 EPI)... Los elementos que se describen separadamente en la nota reivindicatoria forman un todo único; constituyen una única invención. Pues bien, el Derecho español declara que ese todo único se rige por el "principio de indivisibilidad".*

por cosas inmateriales, no cabe, como puede muy bien suceder en las cosas físicas, que el aprovechamiento se diversifique, formando como ese bien indivisible, bienes separados e independientes. Con un fundo pueden formarse normalmente dos objetos diferentes, sin más que proceder a su división. Eso es lo que no cabe admitir, en cambio, con una cosa inmaterial. El aprovechamiento recaerá íntegramente sobre la totalidad del bien, aunque podrá corresponder a varios titulares, siempre en régimen de copropiedad (79).

(79) BAYLOS, Hermenegildo: *Tratado...*, p. 702.

**XXII CONGRESO INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO (*)
Buenos Aires (Argentina), 1998**

263

CONCLUSIONES

(*) En la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, se celebró durante los días 27 de septiembre a 2 de octubre de 1998, el XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, coincidiendo con el 50 aniversario de la creación de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Las ponencias españolas a ese Congreso, presentadas por los notarios Adolfo Calatayud Sierra, al tema I, Vicente Luis Simó Santonja, al tema II, y Honorio Romero Herrero, al tema III, han sido publicadas ya por el Consejo General del Notariado y distribuidas a todos los notarios. También se ha distribuido el Informe General presentado por el coordinador internacional del tema III, el notario español Juan Francisco Delgado de Miguel. Las tres ponencias se han publicado también en la *Revista Jurídica del Notariado*, en los números 27, 28 y en el presente volumen respectivamente.

Recogemos el texto íntegro de las CONCLUSIONES del Congreso, por su extraordinario interés y por la repercusión que en algunos aspectos pueden tener de cara al ejercicio de la función notarial durante los próximos años, las cuales se publicaron en el número 99 (octubre-noviembre 1998) de la *Gazeta de los notarios*, pp. 12-13.

TEMA I. “El rol del notario frente a las exigencias del Estado, principalmente en el plano administrativo y fiscal”.

Coordinador internacional:

JAIME GIRALT FONT (Argentina)

264

1. Es una característica de nuestro tiempo la pretensión del Estado de poder controlar cada vez más la actividad de los ciudadanos a efectos de asegurar que cumplen sus obligaciones para con él. Con este fin, el Estado exige a veces la colaboración de determinados sujetos para que realicen tareas que faciliten ese control. Se trata de verdaderas cargas públicas o prestaciones, que pueden ser reales o personales y son siempre obligatorias. Las primeras deben ajustarse a los principios de igualdad, legalidad, equidad y proporcionalidad y las segundas, además, a los de razonabilidad, temporalidad, gratuidad, impermutabilidad, certeza, determinación, subsidiariedad y coordinación administrativa. El deber de colaboración que corresponde al notario para con el Estado deriva de la propia naturaleza de su actividad, en su doble e inescindible condición de profesional del Derecho a cargo de una función pública. Ello no obsta a que ese deber de colaboración que se le impone no deba regirse por los parámetros mencionados.

2. El notario es un jurista habilitado para conferir autenticidad a los actos y a los contratos que firman las partes, para redactar los documentos en forma correcta y para aconsejar a las personas que le solicitan su servicio. Por ello, no corresponde a la esencia de la función notarial la liquidación, percepción, retención ni pago de los tributos, labores que incumben al propio fisco.

Es una aspiración de los notariados que la imposición de este tipo de tareas a los notarios se haga con el carácter más excepcional que las circunstancias de cada país permitan y que la responsabilidad que genere resulte siempre subsidiaria y nunca solidaria.

3. No debe olvidarse que, para el cumplimiento de la finalidad a la que tiende la actividad notarial, es elemento imprescindible la relación de confianza que se genera por parte del particular respecto al notario. Si los deberes de colaboración llegaran a ser generales y agobiantes, podría variar el fin principal a que el notario sirve, rompiendo esa relación de confianza, transformando al notariado en inquisitivo en lugar de autenticante y tendría, como finalidad primordial, la protección de los intereses fiscales del Estado y no de seguridad jurídica de los particulares.

Además, hay que tener presente que el estatuto jurídico de cada tipo de oficiales públicos está determinado por las funciones que le son propias. En la función notarial el aspecto público sirve para reforzar la actividad del notario como jurista. Por ello, las obligaciones de colaboración que se le impongan no pueden afectar la finalidad de su función, que es la de dotar de seguridad al tráfico jurídico entre particulares y deberán reunir los requisitos establecidos en el punto 1, la mayoría de los cuales tiene recepción constitucional.

4. Es necesario que al efecto de la correcta aplicación de las normas tributarias que el notario debe interpretar, éstas reúnen los requisitos de certeza, permanencia, racionalidad y claridad que toda norma legal demanda. Con ese fin, también resultará de gran provecho para ambas partes que el legislador recabe la opinión del notariado respecto de la elaboración de la norma que se propone sancionar.

5. Las organizaciones notariales de más alto rango deben colaborar con las instituciones locales para gestionar y obtener la redacción de normas claras y precisas que permitan la colaboración del notario, sin perturbar su función esencial autenticadora ni las operaciones de ejercicio que preceden a la confección del documento notarial y derivan de su existencia.

6. El deber de información al fisco, en principio, no atenta contra los fundamentos de la función notarial, porque hoy

no puede negarse interés legítimo a la administración impositiva para conocer el contenido de los actos y contratos con trascendencia tributaria autorizados por el notario. Pero ello no implica que el deber del secreto profesional quede derogado.

Sobre este último hay que decir que, sin perjuicio de la facultad legal de la administración de obtener información cuando proceda, debe respetarse el carácter inviolable del secreto profesional en relación con la información que confidencialmente el notario haya recibido de su cliente.

7. El notariado no puede permanecer ajeno a la lucha contra el flagelo social que significa la legitimación de activos provenientes de actos ilícitos (lavado de dinero o blanqueo de capitales). En este sentido, resulta razonable que el Estado imponga a los notarios el deber de informar del otorgamiento de actos que puedan ser sospechados de encubrir-la; pero ello sólo resulta admisible en la medida en que los actos que caigan bajo sospecha sean objetivamente definidos por la autoridad encargada de aquella lucha y tal circunstancia no quede sólo supeditada a la subjetividad del notario. Por otra parte, debe señalarse que, debido a la naturaleza de la actividad notarial, difícilmente será posible al notario conocer el origen del dinero con que se realizan las operaciones formalizadas en los documentos que autoriza.

8. Las obligaciones que se imponen al notario de controlar el cumplimiento de determinados requisitos administrativos no plantean contradicción con la función notarial cuando tales requisitos buscan la transparencia de los actos jurídicos o la acreditación de la realidad de los elementos del negocio, en aras, sobre todo, de la protección del consumidor o del contratante débil. Lo mismo sucede cuando el control impuesto al notario busca que se acredite el cumplimiento de requisitos que afectan a la validez o a la regularidad del acto o negocio contenido en el documento. En cambio, no compete al Estado imponer al notario el control del cumplimiento, por parte de los requirentes de su servi-

cio profesional, de obligaciones impositivas o administrativas ajenas al acto que autoriza.

9. Sobre la base de la experiencia obtenida en distintos países, puede afirmarse que las organizaciones notariales están en condiciones de colaborar eficazmente con el Estado en la administración o regencia de organismos íntimamente vinculados al quehacer propio de la actividad, como archivos de protocolos, registro de actos de última voluntad, mercantiles, de publicidad de derechos reales sobre inmuebles o muebles registrables y otros en los que, por su afinidad con la materia misma de la función, el notariado puede coadyuvar en el afianzamiento de la seguridad jurídica.

10. El positivo resultado alcanzado en las naciones cuyas legislaciones la admiten y regulan, constituye un estímulo y excelente argumento para que la dirigencia notarial de las restantes pueda impulsar la intervención del notariado en procesos no contenciosos (jurisdicción voluntaria) como medio de lograr una mejor y más ágil administración de justicia. Tal circunstancia alivia a los tribunales de la tarea administrativa y carente de imperio que implica la atención de esos procesos. Significa reemplazar la figura del juez en todo lo que no necesita de su investidura para la creación de la norma particular que surge de su fallo y busca aprovechar la facultad autenticante del notario en la realización de todos los pasos procesales necesarios para llegar a la declaración de derechos fundada en ley. El despojar a los juzgados de esa carga de mero trámite y sustituir la autenticidad del actuario por la del notario permite una mejor atención de los procesos contenciosos y la concentración del esfuerzo del magistrado en impartir justicia.

11. Las peculiares características de su actividad colocan al notario en óptima situación para intervenir en sistemas alternativos de resolución de conflictos, ya como secretario de tribunal arbitral, ya como mediador o ejerciendo otros roles similares. Otro tanto puede afirmarse con relación a su aptitud para colaborar en el control de las elecciones, como ha quedado demostrado en los países donde ya se hace.

TEMA II. “Los Derechos fundamentales del hombre y la misión del notario”.

Coordinador internacional:

ALAIN MOREAU (Francia)

La Comisión, después de recordar que dedicó sus trabajos a la memoria de José Negri, en este 50 aniversario de la Unión que coincide con el de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre,

Afirma

— el apego de los notarios latinos a los derechos de la persona de los que cada notario constituye un defensor natural mediante la prevención de conflictos,

— que la aplicación práctica de convenciones sobre los derechos requiere una asistencia imparcial e independiente basada en la equidad, legalidad y justicia,

— que los notarios en su actividad cotidiana aplican numerosos derechos humanos incluidos en las declaraciones internacionales y constituciones nacionales: el respeto de la dignidad humana desde el nacimiento hasta la muerte, que incluye la libertad contractual, el matrimonio y la familia, la libertad de reunión y asociación, el derecho a la propiedad y a la herencia, la participación en el desarrollo social y económico,

— que por este motivo el notariado latino es un componente indispensable para el funcionamiento de cada Estado de derecho y, a nivel mundial, de la democracia efectiva.

Comprueba

— que para respetar la independencia de decisión del notario —instancia preventiva emanada del artículo 10 de la Declaración de la ONU de 1948— y evitar las presiones de los más fuertes que la perjudican, se debe mantener el *numerus clausus*,

— que por las mismas razones se debe establecer una re-

muneración justa para el notario, que respete la igualdad entre los ciudadanos y por lo tanto elabore una tarifa que tenga en cuenta los numerosos temas en los cuales el notario asegura el equilibrio social,

—que en los lugares donde exista un notariado de tipo latino los costos de la administración de justicia son de tres a cinco veces inferiores a aquellos de los países donde no existe, lo cual garantiza un mejor ejercicio de los derechos.

Propone

—que la Unión y cada notariado miembro inicie gestiones ante las autoridades nacionales e internacionales a fin de evitar que las relaciones entre individuos y naciones sólo se rijan por una economía deshumanizada en detrimento de los más débiles,

—que el contacto permanente entre los notarios y los ciudadanos lleve al legislador a recurrir a la intervención de aquéllos y de las instituciones notariales a fin de proteger los derechos,

—que para reducir el número y duración de los litigios corresponde que los estados recurran a la intervención preventiva y arbitral del notariado,

—que en los contratos celebrados entre personas de derecho privado y de derecho público siempre se pueda exigir la colaboración de un notario a fin de asegurar el equilibrio del contrato,

—que la autorregulación de la incapacidad del hombre, la decisión sobre el mantenimiento de la vida mediante mecanismos artificiales y la dignidad en el momento de la muerte, que son también derechos humanos, puedan organizarse de antemano con la intervención del notario,

—que para respetar el derecho a la autodeterminación de cada persona se pueda recurrir a medios de concertación y que los documentos notariales puedan incluir cláusulas compromisorias de mediación o arbitraje redactadas por el notario,

— que para asegurar que las nuevas tecnologías sean seguras y que todos puedan tener acceso a ellas se recurra a la intervención notarial,

— que para la promoción de todas estas propuestas se efectúen otras, se asegure el seguimiento permanente, el desarrollo y promoción del papel del notariado garante de los derechos de la persona, se cree en el seno de la UINL una comisión permanente de los derechos de la persona. Que esta Comisión sea provista de una logística que le permita funcionar adecuadamente y que la UINL la someta a la aprobación de los organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos.

TEMA III. “La Deontología Notarial frente al cliente, a los colegas y al Estado”.

Coordinador internacional:

JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (España)

270

Las intensas sesiones que han tenido lugar en el desarrollo del Tema III dedicado a la Deontología Notarial en relación con los colegas, los clientes y el Estado, han puesto de relieve el profundo interés demostrado por los numerosos notariados participantes en el tema de la Deontología, lo cual no sólo se ha manifestado en el gran número de países presentes en las sesiones, sino además en el alto nivel científico de las intervenciones, las numerosas preguntas formuladas y la expectación con que se han seguido los debates suscitados.

Las conclusiones a las que se ha llegado son las siguientes:

1. Si bien en otras profesiones la deontología puede ser considerada como un elemento natural de las mismas, otro más de los que las configuran, en el caso de la profesión notarial la deontología es un elemento esencial, sin cuyo conocimiento es imposible el correcto ejercicio de la función.

Ello es consecuencia del elevado contenido ético de la profesión notarial, lo cual no puede ser desconocido a la hora de valorar su importancia y la necesidad de velar por su cumplimiento.

2. La competencia profesional, el trabajo bien hecho y la actualización constante en los conocimientos jurídicos, son graves obligaciones para el notario que, a la vez que le perfeccionan, constituyen el mejor servicio que puede prestar al cliente, al Estado y a la sociedad.

3. Junto a la preparación jurídica y técnica la formación de los futuros notarios debe comprender el estudio de los principios deontológicos en todos los aspectos que integran la conducta notarial y la prestación de la función.

4. El correcto ejercicio profesional obliga al notario a evitar en el ejercicio de su función, y en su conducta, cualquier género de competencia desleal y en concreto la invasión de otros distritos notariales –allí donde existan–, la rebaja de honorarios, la contratación subrepticia de empleados, y la publicidad personal de la función, cuando esté prohibida o vaya en deterioro de la imagen y prestigio que ésta merece.

En relación con el secreto profesional, el notariado de tipo latino debe asumir los deberes de colaboración con las autoridades jurisdiccionales, administrativas y tributarias, cuando exista mandato judicial o norma expresa que así lo ordene; primando en su actuar el respeto a los derechos constitucionales y el principio de legalidad.

5. La colaboración con los órganos corporativos –tan imprescindibles para el ejercicio de la función notarial– así como el desempeño de los cargos directivos, lejos de constituir un derecho potestativo, representan una obligación irrenunciable que deben asumir responsablemente aquellos notarios que resulten elegidos por sus compañeros. Ello obliga a los elegidos a ejercer una especial vigilancia para la observancia de los principios deontológicos además de procurar personalmente un cumplimiento ejemplar de los mismos.

6. Los principios de imparcialidad, independencia, no discriminación e información adecuada al más necesitado de los que soliciten la prestación del servicio notarial, deben mantenerse siempre como valores esenciales e insustituibles para que quede salvaguardada convenientemente la libertad del notario y de aquellos que requieran su intervención.

7. En cuanto titular de una función pública que el Estado delega en él —la fe pública— y en cuanto autor del acto público en que se manifiesta la prestación notarial, el notario se obliga a garantizar la integridad del documento que autoriza, su legalidad, su eficacia y su permanencia en el tiempo.

8. Los notariados deberán promover en el ámbito de sus respectivas competencias la elaboración de reglas deontológicas, procurando que sean dotadas de la eficacia normativa más conveniente y en cualquier caso compendiarlas y difundirlas entre sus miembros de la manera más amplia posible.

272

Se recomienda que la aplicación de las reglas deontológicas sea acompañada en cada país de un procedimiento eficaz para garantizar y llevar a término los deberes y obligaciones deontológicos. A este respecto se hace preciso reafirmar la naturaleza de norma jurídica de la regla deontológica y su pertenencia al sistema jurídico, caracterizada por su contenido ético y su dependencia de las leyes, tanto constitucionales como ordinarias de cada Estado miembro.

9. Asimismo, se considera que constituye un instrumento adecuado que puede facilitar el cumplimiento de las normas deontológicas, la creación de Comisiones de Deontología dentro de cada notariado, con objeto de regular su aplicación, velar por su eficacia y proponer en su caso las sanciones pertinentes.

10. Para que los principios deontológicos queden salvaguardados en el seno de la Unión de cara a generaciones futuras, aprovechando la excepcional ocasión que representa celebrar en Buenos Aires el 50 aniversario de la creación de la UINL, se propone a ésta la elaboración de unos Prin-

cipios Generales de Deontología Notarial y la asunción del compromiso, a través de los instrumentos que estime pertinentes, de asesorar en esta materia a los países que lo soliciten, ayudar a los respectivos notariados en la implantación de las reglas deontológicas y ofrecerse como árbitro imparcial para la solución de cuantos conflictos puedan suscitarse entre los notariados miembros.

EL DOCTOR PÉREZ DE MONTALBÁN, NOTARIO APOSTÓLICO Y DE LA INQUISICIÓN (*)

MANUEL ANDRINO

Notario

275

No es posible escribir la historia de nuestra literatura sin hacer alguna referencia a un autor madrileño que se hacía llamar el Doctor Juan Pérez de Montalbán (1602-1638), y a quien el malévolo Quevedo, de manera infundada, enderezó el famoso epigrama que dice: “El *doctor* tú te lo pones, /El *Montalbán* no lo tienes: /Con que en quitándote el *don*, /vienes a quedar *Juan Pérez*”. La importancia de este autor, calificado por V. Dixon como “errático y exuberante”, aparte de la ruidosa polémica con Quevedo y de su estrecha relación amistosa con Lope de Vega, de quien fue primer biógrafo, reside en sus propios méritos como creador literario,

(*) Publicado en el número 100 (diciembre 1998) de la *Gazeta de los notarios*, pp. 7-8.

manifestados a través del hábil manejo del lenguaje popular, los ocasionales destellos de genialidad, su desbocada curiosidad intelectual, y, sobre todo, sus aportaciones al realismo español (con sus “postales riberescas de la España negra”, de que habla Valbuena), y su “sentido patriótico” (G. de Amézúa), todo lo cual vino a hacer de él uno de los más aplaudidos autores teatrales de nuestro Siglo de Oro, a lo que contribuyó, sin duda, su “versificación, rotunda y armoniosa”, destacada por Hurtado y Palencia. Por eso, el relativo olvido en que cayó a partir del siglo XVIII, puede calificarse de injusto, no siendo demasiado aventurado afirmar su más que probable rehabilitación, de la que pueden ser indicios la atención prestada a su figura y obra por investigadores extranjeros (George W. Bacon, Jack Horace Parker, Antonio Restori, Victor Dixon, Maria Grazia Profeti), y el hecho de que la “Fundación Castro” tenga anunciada la reedición de sus obras, ahora muy poco asequibles. En todo caso no es este el lugar a propósito para enjuiciar la obra de Montalbán ya que nuestra intención es simplemente prestar atención, por una parte, a su condición de notario, y por otra, entresacar y comentar algunas referencias que a lo notarial están contenidas en su obra.

Respecto a su condición notarial, desde que Cayetano Barrera afirmara en 1860 haber sido “notario apostólico del tribunal de la Inquisición”, se han fundido ambas calidades por muchos de los comentaristas o biógrafos, entendiendo que “ejerció en el Santo Oficio de la Inquisición el cargo de notario apostólico”, como dijera Ángel Castellanos. Sin embargo, y aunque la propia mención a este respecto del mismo Montalbán en su obra miscelánea titulada *Para todos*, yuxtapusiera ambos términos, declarándose “Notario Apostólico de la general Inquisición”, lo cierto es que un notario de la Inquisición no precisaba necesariamente ser notario apostólico, y eran por tanto cualidades independientes la de notario apostólico y la de notario de la Inquisición, como asimismo el ser familiar y comisario de esta últi-

ma, como también lo fue Montalbán (así se declara, respectivamente, en la colaboración de Camargo y Salgado en el volumen de *Lágrimas panegíricas* (1639), y en el Privilegio de la edición de 1638 del *Primer tomo de las Comedias*). En cuanto a la fecha en que obtuvo el título de notario de la Inquisición, aunque Barrera se lo atribuyó al describir la edición de 1624 del libro *Sucesos y prodigios de amor*, y luego fue repetido así por Pérez Pastor y otros muchos, esto fue mera suposición, y en realidad no aparece constatado hasta la impresión de 1635 del *Para todos*, por lo cual se indica que debió alcanzar el nombramiento entre 1632 y 1635 (A. Restori; Parker). No se conocen actuaciones de Montalbán como tal notario, aunque cabe, por un lado, considerar infundada la afirmación de A. Restori de que para él fue un título meramente honorífico, como en sentido opuesto, exagerada la repercusión que tal condición hubo de tener en su vida y obra, que parece sugerir M. G. Profeti, y hasta cierto punto, también Astrana Marín. Y, desde luego, nada tienen que ver las comisiones recibidas por Montalbán para la aprobación de libros con su condición de notario, como erróneamente supone Parker ("in his duties as Notary of the Holy Office").

277

En cuanto a las referencias que en la obra de Montalbán hay al notariado, creemos que merece ser destacada una de carácter erudito, y otra artística o escénica. La erudita se refiere a la inclusión que en su *Para todos*, y dentro de las liberales, hizo del arte de *Notarios y Escrivanos de escrituras publicas*. No es mucho lo que en verdad dice, pero es interesante porque, entre otras cosas, revela el método de actuación que en estas materias de erudición utilizaba el autor, en que sobresalió tanto como para merecer que alguno de sus contemporáneos lo llamara "mar de ciencia". Resulta, efectivamente, que se limita a dar cuenta de los diferentes nombres que les han sido atribuidos y a mencionar algunos destacados tratadistas y escribanos. Pues bien, este texto está prácticamente calcado de la obra *Plaza Uni-*

versal de todas las ciencias, de Suárez de Figueroa, que a su vez era una adaptación de la de parecido título escrita por el italiano Thomaso Garzoni, pero que no parece haber sido consultada por Montalbán. Las diferencias con dichas obras consisten en cuanto a denominaciones en haber añadido la poco pertinente de “pararios”, con una cita de Séneca, y haber sustituido el término “siervos públicos”, por la, en este caso sí más adecuada (*Vid. Accursio, Inst. 1. 11. 3*) de “ministros públicos”. Omite, al igual que había hecho Figueroa, la denominación de “grafiarios” mencionada por Garzoni, y que, considerada la función desde la perspectiva del arte, era mucho más pertinente que la de “pararios”, o mediadores (“*Pararius... conciliator intercessorque*”, dice J. Calvino, en su *Lexicon*, citando el mismo texto de Séneca). Es curioso resaltar que la mención de “protocolos” (*prothocolae* en Garzoni) está errada en todas las ediciones comprobadas por mí (1633, 1635, 1681 y 1736), donde se lee *Protocols*. Hay también algunas diferencias en cuanto al aparato bibliográfico, no demasiado abundante, y en que no podemos detenernos, y asimismo en la mención de tratadistas y prácticos. Montalbán abrevia los tratadistas extranjeros citados por Figueroa, y en cuanto a los españoles, junto a los señalados por éste (del que reproduce la mención de “Peña” –“Pena” en Figueroa–, que debe referirse a Díaz de Valdepeñas), añade a Antonio de Argüello y a Diego de Villarroel. No parece aventurado suponer que las obras de estos últimos fueron las utilizadas por Montalbán para su formación como notario apostólico, y el obligado examen previo. Por el contrario, de los diez prácticos o profesionales mencionados por Figueroa, sólo mantiene a Miguel Moreno, pero no como “único en lo civil”, sino como “gallardo Poeta, discreto Cortesano, y consumado en su ministerio”.

Nos queda finalmente por reseñar una interesante escenificación de contenido notarial, incluida en la jornada primera de su obra teatral *Segunda parte del Séneca de España* (1.^a edición, 1638): Felipe II despacha asuntos de estado se-

parado del exterior por medio de una cortina; acude entonces al antedespacho un escribano de Provincia para realizar una notificación al propio rey; éste escucha el diálogo del escribano con el secretario real, y deferentemente interviene para ordenar al secretario diga al escribano “que escriua que me lo ha notificado”; el escribano, sin embargo, objeta que no viéndolo no puede dar fe de haber hecho la notificación al rey, ante lo cual éste mandará descorrer la cortina; luego, despedido el escribano, hace el propósito de premiarlo por su “legalidad” y “brío”, comentando con su secretario que “assí los hombres querría, / que esta legalidad quiere / el que esse oficio exercita”, e incluso que quedaba “de aquesta accion con envidia”. Sin duda, en todo ello se revela al notario que exalta la dignidad e independendencia de la función, hasta el punto de justificar el poder decir al propio rey Felipe II que “por la vista se da fee, no por la voz allá dentro”. Y si esta conducta algo altanera choca al secretario tachándola por ello de “bachillería”, merecerá la alabanza del monarca en cuya boca se ponen estas contundentes palabras: “los Ministros de Justicia, así han de ser para serlo”. Por ello, el rey “métese en el pecho” la carta con el nombre del escribano, “para que siempre que me vista, / hasta que le premie y dé / un gouierno, o una visita / me acuerde, a Iuan Alansaço, / Escriuano de Provincia”.

**COMENTARIO DE LA LEY 42/1998,
DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE DERECHOS
DE APROVECHAMIENTO POR TURNO
DE BIENES INMUEBLES**

281

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario

Con ilusión, evidentemente no tan grande como la que embarga a los más pequeños de la familia la noche del 5 de enero, muchos –promotores, consumidores y más de un jurista– esperábamos la publicación de una Ley sobre la multipropiedad. El vacío legislativo se ha llenado por fin, y de ello nos congratulamos, pero... ¿se han cumplido nuestros deseos?

La primera reacción personal que me produjo la lectura de esta Ley fue el venírseme a la mente la clásica locución *excusatio non petita, accusatio manifesta*. Tengo la impresión de que a través de la larguísima Exposición de Motivos que precede al articulado el legislador trata de justificarse a sí

mismo y autoconvencerse de la bondad de las decisiones adoptadas. No parece caminar sobre seguro. Así, por ejemplo, se excusa de no aceptar los términos más utilizados en la práctica para calificar a esta figura jurídica. No a la “multipropiedad”; palabra proscrita y declarada fuera de la Ley en los artículos 1.4 y 8.1. No a la fórmula “tiempo compartido”, traducción de la forma inglesa “time-sharing”, porque, entre otras razones, parece dar a entender que lo que comparten los titulares de estos derechos es el tiempo, cuando es precisamente lo contrario, por cuanto lo son respecto de períodos diferentes y excluyentes. Se acuña así la expresión de “aprovechamiento por turno”, por ser menos comprometida –uno, ingenuamente, pensaba que lo acertado es lo contrario– y porque se ajusta perfectamente a la regulación que se hace, lo que implica a nuestro entender una petición de principio.

282

Se apoya la nueva Ley en la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, “relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido”. No, no han leído mal, de tiempo compartido, no de derechos de aprovechamiento por turno. Directiva que debió haberse incorporado, transpuesto, a nuestro ordenamiento jurídico, como muy tarde, el 29 de abril de 1997. Directiva que sorprendentemente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de noviembre de 1997 aplicó directamente, reconociendo al consumidor el derecho de desistimiento unilateral contenido en su artículo 5.º, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas que no admite el llamado efecto directo horizontal de las Directivas.

Consecuencia de la transposición ha sido la admisión del derecho de resolución *ad nutum*. Derecho de desistimiento unilateral a favor del adquirente durante los diez días siguientes a la celebración del contrato. El llamado “derecho

de arrepentimiento”, contra el que he clamado más de una vez. Nuestro legislador, puntilloso o escrupuloso en el lenguaje, se ha permitido recalificar este derecho de resolución europeo y atribuir dos denominaciones distintas a sus dos modalidades. Llamando, en su artículo 10, “desistimiento” a la resolución unilateral del adquirente que no necesita de ningún motivo o razón; y “resolución” a la que exige un previo incumplimiento por parte del vendedor (no contener el contrato alguna de las menciones o documentos exigidos por el artículo 9 o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado). Para desistir el plazo es de diez días contados desde la firma del contrato; para resolver, el de tres meses, contados desde la fecha del contrato.

Si el arrepentimiento, el desistimiento, es difícil de tragar, cuando el contrato se ha celebrado ante notario... ¡qué decir! El legislador se excusa y reconoce que “la intervención del fedatario público (más me habría gustado que siguieran llamándome notario y en vez de intervención se hablara de autorización) sería suficiente para considerar innecesario conceder al adquirente la facultad de desistimiento, pues su presencia impide el que la otra parte haga valer su preponderancia, pero puesto que la Directiva no establece ninguna excepción a favor de estos contratos intervenidos (i), ha sido necesario conservar esa facultad de desistimiento, si bien exigiendo que el mismo se haga por acta de notoriedad, como documento público equivalente a la escritura en la que se ha formalizado el contrato sobre un derecho de aprovechamiento por turno”. Se agradece el esfuerzo, se reconoce que el daño al notario latino se infringió en el 94 al no ser nadie capaz de defender en el Parlamento Europeo lo que este tipo de notariado significa (¡qué poco pintamos!), pero... la notificación por acta no cura la herida.

La Ley ha sido dictada al amparo de lo establecido en el artículo 149.1, 6.^a, 8.^a y 14.^a de la Constitución. Compe-

tencia exclusiva del Estado, lógicamente sin perjuicio de las competencias que la propia Constitución reconoce en cuanto a la conservación, modificación o desarrollo de los derechos civiles de las comunidades autónomas. En esta línea el artículo 4.1.b) reconoce que la licencia para ejercer la actividad turística solamente será exigible en aquellas comunidades autónomas donde la comercialización de derechos que impliquen la facultad de disfrute de un alojamiento durante un período de tiempo al año tenga, con arreglo a su legislación, la calificación de actividad turística sometida a licencia.

Las ideas no parecen estar muy claras. La Ley se denomina “sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico”. Parece, pues, que sólo debe afectar o recaer sobre inmuebles de uso turístico. Lo mismo se desprende del artículo 1.2, cuando previene que todos los alojamientos (término indudablemente tomado del ámbito turístico y hotelero) deben estar sometidos a este régimen de aprovechamiento por turno, con la única excepción de que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al tiempo, a dicho régimen y a otro de explotación turística. Insiste en esta línea el artículo 4.1.b), al referirse a la constitución del régimen, que exige “haber obtenido de las autoridades competentes las licencias necesarias para ejercer la actividad turística”. Entonces, ¿por qué razón el propio artículo 4.1.b), párrafo segundo, sólo exige licencia para ejercer la actividad turística en aquellas comunidades autónomas donde, con arreglo a su legislación, el aprovechamiento por turno sea calificado de actividad turística sometida a licencia?

¿Y qué decir de las empresas de servicios? Si en una propiedad horizontal la presencia de un buen administrador es vital para su buena marcha; en un conjunto inmobiliario en régimen de aprovechamiento por turno es inconcebible pensar que pueda funcionar. La Ley considera su existencia “esencial para la vida del régimen” (párrafo final del apartado I de la Exposición de Motivos) y en este sentido exige para la constitución del régimen “haber celebrado contrato

con una empresa de servicios que reúna, en aquellas Comunidades Autónomas donde se establezcan, los requisitos que se exijan a éstas, salvo que el propietario, cumpliendo los mismos requisitos, haya decidido asumirlos directamente él" (art. 4.1.c); en la escritura reguladora que se incorpore el contrato celebrado con la empresa de servicios (art. 5.2), etc., etc. Si la empresa de servicios es tan vital, ¿por qué no se regula? A diferencia de proyectos o borradores de proyectos anteriores, la Ley calla. Digamos el pecado y no el pecador. Lo cierto es que en estos momentos una sociedad de responsabilidad limitada con 500.000 pesetas (equivalentes a 3.005,06 euros) puede hacerse cargo de un conjunto inmobiliario de cien alojamientos con cincuenta titulares, de aprovechamientos por turno cada uno, pistas de tenis, piscina, campo de golf y otras menudencias más. Ciertamente que la sociedad deberá reunir las condiciones que establezca cada comunidad autónoma, pero, ¿cuáles serán sus competencias en este ámbito? ¿Podrán, por ejemplo, conferírsele ciertos derechos en caso de extralimitación o los de privación de usar el período por falta de pago de cuotas, como hacían proyectos anteriores?

285

En conjunto la Ley me parece una norma que sólo toma en cuenta los derechos de los consumidores y arrasa a los promotores, partiendo de la idea, contraria al principio constitucional de inocencia, de que su único interés es defraudar a los primeros. Puede que haya habido abusos, nadie lo duda, pero de ahí a legislar "contra" me parece excesivo. Si "tó el mundo es güeno", como dijo alguien, por qué, por qué... (véanse arts. 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, e incluso el art. 13, donde se faculta al promotor para resolver el contrato por falta de pago de las cuotas, pero se le exige consignación proporcional del precio correspondiente al tiempo que reste para la extinción del derecho, se sujetan las cláusulas penales pactadas a la moderación judicial del 1.154 C.c. y, salvo pacto en contrario, queda obligado a atender las deudas que el incumplidor tuviere pendientes con la em-

presa de servicios —compárese con el desistimiento y resolución del art. 10 a favor del adquirente—). Si la tardanza en publicarse la Ley fue la irreconciliable contraposición de puntos de vista entre Justicia y Turismo, que nadie se olvide que sin empresarios-promotores no habrá consumidores de derechos de aprovechamiento por turno, y el aparente triunfo de Turismo habrá matado la gallina de los huevos de oro.

No he considerado este el lugar adecuado para hacer un estudio a fondo del nuevo régimen y sí para transmitir mis impresiones personales sobre la nueva Ley, evidentemente como personales poco o ningún valor tienen, pero quizás sirvan para que alguien me contradiga y aprenda algo nuevo.

A pesar de lo dicho, no puedo poner punto final sin hacer las siguientes precisiones:

286

— El derecho de aprovechamiento por turno se configura como un nuevo derecho real limitado o como variante del arrendamiento por temporada (art. 1.1 y 6),

— la duración del régimen será de tres a cincuenta años (art. 3),

— la escritura pública notarial tiene valor constitutivo, debiendo inscribirse obligatoriamente en el Registro de la Propiedad (art 4.3),

— la escritura pública reguladora deberá expresar, al menos, las circunstancias del artículo 5,

— todo el que se proponga iniciar la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno deberá editar, de acuerdo con la normativa de la comunidad autónoma competente en materia de consumo, un documento informativo, que se archivará en el Registro de la Propiedad y que contendrá las menciones del artículo 8,

— se regula el contenido mínimo del contrato y lengua en que debe estar redactado (art. 9),

— a los efectos del Impuesto sobre el Patrimonio los derechos de aprovechamiento por turno se valorarán por su precio de adquisición (art. 8),

—respecto del IVA, se les aplicará el tipo reducido del 7% (art. 19),

—en materia de Transmisiones Patrimoniales, el 4% (art. 20), y

—para la adaptación de los regímenes preexistentes se concede un plazo de dos años, con pleno respeto a los derechos adquiridos (disposición transitoria segunda).